

Joachim Jung

Die Kohärenz von berufs- und produktbezogenen Werbebeschränkungen in den Medien



Universitätsdrucke Göttingen

Joachim Jung

Die Kohärenz von berufs- und produktbezogenen Werbebeschränkungen
in den Medien

Dieses Werk ist lizenziert unter einer

[Creative Commons](#)

[Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen](#)

[4.0 International Lizenz.](#)



erschienen in der Reihe der Universitätsdrucke
im Universitätsverlag Göttingen 2015

Joachim Jung

Die Kohärenz von berufs-
und produktbezogenen
Werbebeschränkungen in den
Medien unter besonderer
Berücksichtigung
der Werbeverbote des
Glücksspielstaatsvertrages

Eine Untersuchung der
Werbereglementierungen der freien
Berufe und der Werbeverbote für Tabak-
und Alkoholprodukte sowie Heil- und
Arzneimittel mit besonderer Betrachtung
der Rechtmäßigkeit der
medienspezifischen Werbeverbote für
öffentliches Glücksspiel



Universitätsverlag Göttingen
2015

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Anschrift des Autors

Joachim Jung
Straßburger Straße 8
10405 Berlin
E-Mail: JoachimJung@gmx.net

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Esther Draeger
Umschlaggestaltung: Petra Lepschy

© 2015 Universitätsverlag Göttingen
<http://univerlag.uni-goettingen.de>
ISBN: 978-3-86395-206-8

Gliederung

Vorwort.....	15
Einleitung.....	17
A. Ziel der Arbeit.....	17
B. Gang der Darstellung.....	19
Erster Teil: Berufsbezogene medienspezifische Werbeverbote.....	21
A. Einführung.....	21
B. Die Liberalisierung der Werbung in den Medien durch das Bundesverfassungsgericht	35
C. Durchsetzung der Liberalisierung im Berufsrecht der freien Berufe	45
D. Berufsübergreifende Beschränkungen freiberuflicher Werbung im Internet	93
E. Normierung freiberuflicher Werbung durch das UWG.....	125
F. Zusammenfassung und Ergebnis.....	131
Zweiter Teil: Produktspezifische Werbeverbote in den Medien	135
A. Einleitung.....	135
B. Werbebeschränkungen für Tabakprodukte.....	136
C. Werbebeschränkungen für alkoholhaltige Produkte.....	158
D. Werbebeschränkungen für Arzneimittel.....	173
E. Zusammenfassung und Ergebnis.....	195
Dritter Teil: Medienspezifische Werbeverbote im Glücksspielstaatsvertrag	203
A. Entwicklung des Glücksspielstaatsvertrages	203
B. Regelungsgehalt des § 5 GlüStV.....	211
C. Zweifel an der Rechtmäßigkeit der medienspezifischen Werbeverbote des GlüStV	223
D. Vereinbarkeit des § 5 Abs. 3 GlüStV mit höherrangigem Recht	229
E. Zusammenfassung und Stellungnahme.....	267
Endergebnis.....	271
Literaturverzeichnis	277

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	15
Einleitung.....	17
A. Ziel der Arbeit.....	17
B. Gang der Darstellung.....	19
Erster Teil: Berufsbezogene medienspezifische Werbeverbote.....	21
A. Einführung.....	21
I. Einleitung.....	21
II. Gegenstand der Betrachtung.....	22
1. Medien.....	23
2. Freiberufler.....	23
3. Begriff und Erscheinungsformen freiberuflicher Werbung.....	25
III. Verfassungsrechtliche Vorgaben.....	25
1. Berufsfreiheit gem. Artikel 12 Abs. 1 S. 1 GG.....	26
2. Meinungsäußerungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Hs. GG.....	29
IV. Europarechtliche Vorgaben.....	30
1. Vereinbarkeit freiberuflicher Werbebeschränkungen mit den EG-Grundfreiheiten.....	30
a) Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 34 ff. AEUV.....	30
b) Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV.....	31
2. Vereinbarkeit freiberuflicher Werbebeschränkungen mit europäischem Wettbewerbsrecht.....	32
3. Ergebnis.....	33
B. Die Liberalisierung der Werbung in den Medien durch das Bundesverfassungsgericht.....	35
I. Die allgemeine Entwicklung vom Werbeverbot zur Werbefreiheit für die freien Berufe.....	35
1. Grundsatzurteile zu absoluten Werbeverboten.....	36
a) Zur Rechtsanwaltswerbung ergangene Beschlüsse des BVerfG vom 14. Juli 1987.....	36
b) Konsequenzen für die Werbeverbote aller freien Berufe.....	37
2. Grundsatzurteil zu gezielten medienspezifischen Werbeverboten für die freien Berufe.....	38
a) Zur Apothekenwerbung ergangene Entscheidung des BVerfG vom 22. Mai 1996.....	39
b) Übertragbarkeit auf andere Freiberufler.....	42
II. Ergebnis.....	44

C. Durchsetzung der Liberalisierung im Berufsrecht der freien Berufe	45
I. Rechtsanwälte.....	45
1. Einleitung	46
2. Grundsätzliche Anforderungen an die Anwaltswerbung gemäß § 43b BRAO.....	46
a) Kein Abzielen auf die Erteilung von Aufträgen im Einzelfall ..	47
b) Erfordernis der berufsbezogenen Unterrichtung	48
c) Erfordernis der Sachlichkeit der Unterrichtung	48
2. Anwaltswerbung in den Medien	50
a) Printmedien.....	52
b) Hörfunk.....	53
c) Fernsehen und Kino.....	54
d) Internet.....	55
3. Ergebnis.....	56
II. Weitere steuer- und rechtsberatende Berufe.....	57
1. Steuerberater	57
a) Grundsätzliche Anforderungen an die Steuerberaterwerbung gemäß § 57a StBerG.....	57
b) Steuerberaterwerbung in den Medien.....	58
aa) Printmedien	59
bb) Hörfunk, Fernsehen und Kino	60
cc) Internet.....	61
c) Ergebnis	61
2. Wirtschaftsprüfer.....	62
3. Notare	62
a) Grundsätzliche Anforderungen an die Notarwerbung.....	63
aa) Regelungsgehalt des § 29 BNotO	63
bb) Richtlinienempfehlung der BNotK	64
cc) Erlaubte Sachinformationen.....	65
b) Notarwerbung in den Medien.....	66
aa) Printmedien	66
aaa) Herrschende enge Auffassung.....	67
bbb) Weite Auffassung.....	68
ccc) Stellungnahme	68
bb) Hörfunk, Fernsehen und Kino	69
aaa) Herrschende enge Auffassung.....	69
bbb) Eigene Stellungnahme.....	70
cc) Internet.....	72
c) Ergebnis	72
III. Heilberufe: Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte.....	73
1. Einleitung	74
2. Grundsätzliche Anforderungen an die Arztwerbung gemäß § 27 MBO	75

3. Arztwerbung in den Medien.....	76
a) Printmedien	77
b) Hörfunk, Fernsehen und Kino.....	78
c) Internet.....	80
4. Ergebnis.....	81
IV. Apotheker.....	81
1. Einleitung	81
2. Grundsätzliche Anforderungen an die Apothekerwerbung.....	82
3. Apothekerwerbung in den Medien.....	84
a) Printmedien	84
b) Hörfunk, Fernsehen und Kino.....	85
c) Internet.....	86
4. Ergebnis.....	87
V. Ergebnis und zusammenfassende Beurteilung.....	88
1. Allgemeine Feststellungen	88
2. Ergebnis zur freiberuflichen Pressewerbung.....	90
3. Ergebnis zur freiberuflichen Radio-, Fernseh- und Kinowerbung.....	91
4. Ergebnis zur freiberuflichen Internetwerbung.....	93
D. Berufsübergreifende Beschränkungen freiberuflicher Werbung im Internet.....	93
I. Aktuelle Möglichkeiten der Internetwerbung.....	94
1. Freiberufliche Werbeformen auf der eigenen Homepage.....	95
a) Corporate Website.....	95
b) Domain-Name	96
aa) Alleinstehende Gattungs- und Branchenbezeichnungen.....	97
bb) Rechts- oder Fachgebiet als Gattungsbegriff.....	98
cc) Domain mit Ortsbereich und Berufsbezeichnung.....	98
dd) Sonderfall Domainwahl bei Notaren	99
c) Musik- und Videodarstellungen	100
aa) Musikuntermalung.....	100
bb) Videoclips	101
cc) Veröffentlichung von Audio- oder Videopodcasts	102
dd) Externe Videoeinspielungen.....	103
ee) Zwischenergebnis.....	104
d) Berufsferne Angaben und Verlinkungen	104
e) Bereitstellen von Downloadmöglichkeiten.....	108
f) Einrichtung eines Gästebuchs	108
g) Implementierung eines RSS- oder Twitter-Feeds.....	111
h) Metatags	111
i) Veröffentlichung von Gegner-Listen	112
2. Werbeformen auf externen Seiten.....	113

a)	Werbebanner und Links auf die eigene Homepage	113
b)	Pop-Ups und Interstitials	115
c)	Keyword-Advertising.....	115
d)	Versteigerung von Rechts- und Steuerberatungen.....	116
e)	Preisunterbietung ärztlicher Leistungen über spezialisierte Internetplattformen	118
3.	Sonstige internetspezifische Werbemöglichkeiten.....	122
a)	E-Mail-Newsletter	122
b)	Internetgesteuerte Werbebildschirme.....	122
II.	Ergebnis und Stellungnahme.....	123
1.	Ergebnis.....	123
2.	Stellungnahme.....	123
E.	Normierung freiberuflicher Werbung durch das UWG.....	125
I.	Einleitung.....	125
II.	Das UWG als adäquates Regelungssystem.....	126
III.	Freigabe der Werbemethoden der gewerblichen Wirtschaft.....	128
IV.	Ergebnis	129
F.	Zusammenfassung und Ergebnis	131
Zweiter Teil: Produktspezifische Werbeverbote in den Medien.....		135
A.	Einleitung.....	135
B.	Werbebeschränkungen für Tabakprodukte	136
I.	Einleitung.....	136
II.	Vorgeschichte: Geplantes Werbeverbot der EG-Richtlinie 98/43/EG	137
1.	Zweck und Regelungsgehalt.....	137
2.	Urteil des EuGH vom 05. Oktober 2000.....	137
III.	Vorgaben der EG-Richtlinie 2003/33/EG.....	139
1.	Zweck und Regelungsgehalt.....	139
2.	Urteil des EuGH vom 12. Dezember 2006	141
IV.	Umsetzung durch Vorläufiges Tabakgesetz	143
1.	Allgemeiner Regelungsgehalt.....	143
2.	Medienspezifischer Regelungsgehalt.....	144
a)	Verbot der Pressewerbung gemäß § 21a Abs. 3 VTabakG	144
aa)	Konkretisierung durch die Rechtsprechung	145
bb)	Sonderfall Versandkataloge.....	147
cc)	Durchsetzung des Verbotes in Deutschland und Europa.....	148
b)	Verbot der Fernseh- und Hörfunkwerbung gemäß §§ 21 b, 21a Abs. 2 VTabakG	149
c)	Verbot der Internetwerbung gemäß § 21a Abs. 4 VTabakG	150
aa)	Allgemeiner Verbotsgehalt.....	150

bb) Durchsetzung des Verbotes in Deutschland und Europa.....	150
d) Zeitliche Beschränkung der Kinowerbung gemäß § 11 Abs. 5 JuSchG.....	154
V. Ergebnis und eigene Stellungnahme.....	156
C. Werbebeschränkungen für alkoholhaltige Produkte.....	158
I. Inhaltliche Werbebeschränkungen	158
1. Irreführungsverbot des § 11 Abs. 1 Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch.....	158
2. Indirekte Werbebeschränkungen aus Art. 4 Abs. 3 EG- Verordnung 1924/2006 sowie § 9 Abs. 4 JuSchG	159
3. Verhaltensregeln des Deutschen Werberats für alkoholhaltige Getränke	159
II. Medienspezifische Werbebeschränkungen.....	160
1. Beschränkungen für Fernsehen und Hörfunk	161
a) Generelle Einschränkung durch § 7 Abs. 10 RfStV	161
b) Zielgruppenbeschränkung durch § 6 Abs. 5 JMStV	161
2. Zeitenbeschränkung des § 11 Abs. 5 JuSchG für die Kinowerbung.....	164
3. Zielgruppenbeschränkung des § 6 Abs. 5 JMStV für Internetwerbung.....	164
4. Zwischenergebnis.....	165
III. Rechtsprechung des EuGH zu Alkoholwerbeverboten anderer Mitgliedstaaten	166
IV. Ergebnis und eigene Stellungnahme.....	171
D. Werbebeschränkungen für Arzneimittel	173
I. Einleitung.....	173
II. Anwendungsbereich.....	175
III. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht.....	177
IV. Regelungsgehalt des HWG	178
1. Werbeverbote für bestimmte Produkte und Arzneimittelarten....	178
2. Werbebeschränkungen für bestimmte Werbearten	179
3. Zwischenergebnis.....	181
V. Medienspezifische Werbebeschränkungen im HWG.....	181
1. Beschränkungen der Heilmittelwerbung in den Printmedien.....	181
2. Beschränkungen der Heilmittelwerbung in audiovisuellen Medien	182
3. Beschränkungen der Heilmittelwerbung im Internet.....	184
a) Werbung im Internet als Werbung in audiovisuellen Medien i.S.d. § 4 Abs. 5 HWG	184
b) Internetwerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel....	186
aa) Arzneimitteldatenbanken	187

bb) Ärztliche Internetwerbung unter Hinweis auf verschreibungspflichtige Arzneimittel.....	189
aaa) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	189
bbb) Einschränkende Beurteilung des OLG Frankfurt.....	190
cc) Bereitstellen von Packungsbeilagen und Gebrauchsinformationen.....	191
VI. Ergebnis.....	193
E. Zusammenfassung und Ergebnis.....	195
I. Vergleichende Betrachtung der produktsspezifischen Werbeverbote.....	195
1. Medienspezifische Werbeverbote für Tabakprodukte.....	195
2. Medienspezifische Werbeverbote für alkoholhaltige Produkte.....	196
3. Medienspezifische Werbeverbote für Heil- und Arzneimittel.....	196
4. Ergebnis.....	197
II. Für die Glücksspielwerbung relevante Ergebnisse.....	198
1. Regulierung der Tabakwerbung.....	198
2. Regulierung der Alkoholwerbung.....	199
3. Regulierung der Heilmittelwerbung.....	200
Dritter Teil: Medienspezifische Werbeverbote im Glücksspielstaatsvertrag.....	203
A. Entwicklung des Glücksspielstaatsvertrages.....	203
I. Vorgängerregelung Lotteriestaatsvertrag vom 01. Juli 2004.....	205
II. Sportwetten-Entscheidung des BVerfG vom 28. März 2006.....	206
III. Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland.....	207
IV. Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag.....	209
B. Regelungsgehalt des § 5 GlüStV.....	211
I. Vergleich zur vorherigen Fassung des § 5 GlüStV 2008.....	212
II. Vorgaben und Beschränkungen der Absätze 1 und 2 i.V.m. der auf Abs. 4 basierenden Werberichtlinie.....	214
III. Medienspezifische Werbeverbote des Absatz 3.....	217
1. Fernsehwerbeverbot gem. § 5 Abs. 3 S. 1 1. Alt. GlüStV.....	217
2. Internetwerbeverbot gem. § 5 Abs. 3 S. 1 2. Alt. GlüStV.....	219
3. Verbot der Werbung über Telekommunikationsanlagen gem. § 5 Abs. 3 S. 1 3. Alt. GlüStV.....	219
4. Erlaubnisvorbehalt gem. § 5 Abs. 3 S. 2 GlüStV i.V.m. § 14 der Werberichtlinie.....	220
IV. Werbeverbot für unerlaubtes Glücksspiel des Absatz 5.....	221
V. Sonderregelungen für Sportwetten in § 21 Abs. 4 GlüStV.....	222
VI. Zwischenergebnis.....	222
C. Zweifel an der Rechtmäßigkeit der medienspezifischen Werbeverbote des GlüStV.....	223
I. Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4866.....	223

II. Kritik in Literatur und Rechtsprechung.....	226
D. Vereinbarkeit des § 5 Abs. 3 GlüStV mit höherrangigem Recht	229
I. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht	229
1. Nichtannahmebeschluss des BVerfG vom 14. Oktober 2008	230
2. Rechtliche Würdigung.....	233
II. Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht	235
1. Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit.....	236
2. Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.....	237
3. Rechtfertigung	238
a) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses	238
b) Verhältnismäßigkeit.....	240
aa) Geeignetheit	240
aaa) Ermessens- und Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten	241
(a) Verbot der Fernsehwerbung.....	241
(b) Verbot der Internetwerbung.....	242
bbb) Erfordernis einer kohärenten und systematischen Begrenzung	243
(a) Kohärenz der Werbebeschränkung aller Glücksspielsektoren	243
(aa) Ursache der divergierenden nationalen Glücksspielregelungen	244
(bb) Erfordernis einer gesamtcohärenten Glücksspielregulierung.....	244
(cc) Ermessensspielraum im Rahmen der Gesamtcohärenz	249
(dd) Zwischenergebnis	256
(b) Kohärenz trotz weiterhin erlaubter Werbung in anderen Medien.....	256
(aa) Breitenwirkung und Suggestivkraft der Fernseh- und Internetwerbung.....	257
(bb) Ziel der Begrenzung und Kanalisierung der Spielleidenschaft.....	260
(cc) Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten	260
(dd) Systematische Ausnahmen vom Fernsehwerbeverbot.....	262
ccc) Zwischenergebnis	263
bb) Erforderlichkeit.....	264
aaa) Fernsehwerbeverbot.....	264
bbb) Internetwerbeverbot.....	265
ccc) Zwischenergebnis	266
4. Ergebnis.....	266

E. Zusammenfassung und Stellungnahme.....	267
Endergebnis.....	271
Literaturverzeichnis.....	277

Vorwort

Diese Arbeit ist im Wintersemester 2014/2015 von der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen als Dissertation angenommen worden. Für die verständnisvolle Übernahme des Betreuungsverhältnisses und dessen unkomplizierten Abschluss danke ich Herrn Prof. Dr. Wiebe. Für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Spindler.

Mein besonderer Dank gilt allen meinen Göttinger Freunden, die meine Studien- und Promotionszeit unvergesslich gemacht haben. Insbesondere danke ich Elina Priedulena für ihren damaligen Beistand und Dr. Catrin Steinbrück für die nötige Motivation sowie einzigartige Gespräche und Analysen im Juridikum. Allen voran möchte ich aber meiner Mutter Heide Mittendorf-Jung für jede über das bloße mühsame Korrekturlesen hinausgehende Form der liebevollen Unterstützung danken, die Sie mir neben allen Herausforderungen hat zukommen lassen. Ebenfalls bedanken möchte ich mich bei meinen Brüdern Dr. Ingo Jung und Dr. Mathias Jung, auf deren Hilfe und Ratschläge ich mich immer verlassen konnte.

Ich widme diese Arbeit meinem Vater.

Berlin, im November 2015

Joachim Jung

Einleitung

A. Ziel der Arbeit

Ziel dieser Arbeit ist die vergleichende Gegenüberstellung der für die werberelevanten Medien geltenden Beschränkungen freiberuflicher Werbung mit den medien-spezifischen Werbeverboten für Tabakprodukte, alkoholische Getränke, Arzneimittel und Glücksspiele. Herausgearbeitet werden soll, wie weit durch die zu untersuchenden Werberegulungen die Freiheit zur kommerziellen Kommunikation gezielt in den für die Werbung interessanten Medien eingeschränkt wird, ob und wo also Printmedien, Fernsehen, Radio und Kino sowie Internet derartigen Verboten ausgesetzt sind, die eine werbliche Darstellung in diesen Werbeträgern gänzlich untersagen. Es soll damit geprüft werden, in welchen Bereichen dem Regelungsadressaten der jeweils einschlägigen Norm von vornherein mediale Werbung vollständig untersagt ist und welche Regelungsziele und Begründungen dahinter stehen. In diesem Rahmen soll insbesondere untersucht werden, inwieweit bei den Reglementierungen sowohl untereinander als auch im Vergleich zwischen berufs- und produktbezogenen Normen eine Kohärenz hinsichtlich der medialen Verbote besteht. Ein besonderes Augenmerk liegt also in der Frage, ob bei der berufs- und produktspezifischen Werbung bestimmte mediale Werbeträger wiederkehrend aus den gleichen Gründen verboten werden, so dass eine systematische Regulierung erkennbar ist.

Zwei Fragen stehen insofern im Zentrum der Betrachtung: Gibt es bei den Freiberuflern und den gesundheitsgefährdenden bzw. suchtfährlichen Produkten Regelungsbereiche, in denen unabhängig von der eigentlichen Aussage die Werbung von vornherein in den typischen Werbemedien verboten wird? Falls ja – gibt es hier eine Kohärenz zwischen den einzelnen Normen derart, dass die Nutzung des jeweiligen Mediums regelmäßig mit vergleichbaren Schutzzweckerwägungen verboten wird? Die Beantwortung dieser Fragen erfordert es, die für die freien Berufe und für die ausgewählten Produkte vorhandenen Werberegulungen hinsichtlich ihrer Konkretisierung auf einzelne Medien hin zu analysieren. Ziel ist dabei herauszufinden, ob und gegebenenfalls aus welchen Gründen die Werbewirkung bestimmter Medien als besonders kritisch eingestuft und eventuell für den Verbraucher sogar als gefährlich beurteilt wird. Ein spezieller Betrachtungspunkt sind hierbei die dogmatischen Unterschiede zwischen den berufs- und produktbezogenen Werbenormen, die unter Umständen aufgrund der verschiedenen Regelungsmaterien erheblich divergieren können. Insofern liegt ein Schwerpunkt der Betrachtung auch auf der verfassungs- und europarechtlichen Rechtfertigung vorhandener Einschränkungen, da sich aus den diesbezüglichen Argumentationen und Sichtweisen grundlegende Erkenntnisse für die gegebenenfalls berufs- und produktspezifisch unterschiedliche Einstufung der Zulässigkeit von gezielten Werbeverböten für einzelne Medien ableiten lassen.

Hier liegt der Anknüpfungspunkt für die anschließende spezielle Betrachtung der produktspezifischen Werbeverböte des Glücksspielstaatsvertrages in der zum 1. Juli 2012 reformierten Fassung. Dieser verbietet in seinem § 5 Abs. 3 S. 1 die Glücksspielwerbung im Fernsehen, im Internet und über Telekommunikationsanlagen, beschränkt also diese Medien unabhängig von Art und Inhalt der eigentlichen Werbemaßnahme. Diese medienspezifischen Einschränkungen sind schon seit der Gesetzesgenese der ersten Staatsvertragsfassung von 2008 erheblicher Kritik ausgesetzt, welche den Anlass zu den Untersuchungen in dieser Arbeit gab, ob und inwiefern in anderen Rechtsbereichen eine vergleichbare Vorauswahl der zulässigen Werbemedien vorgenommen wird. Mit Hilfe der Erkenntnisse, die aus der Beantwortung der oben aufgeworfenen Fragen resultieren, soll deswegen schlussendlich eine fundierte Einschätzung zu der Rechtmäßigkeit der Werbeverböte des Glücksspielstaatsvertrages gewonnen werden.

B. Gang der Darstellung

Im ersten Teil dieser Arbeit soll festgestellt werden, inwieweit für Freiberufler¹ als Hauptadressaten von berufsbezogenen Regelungen Verbote für die werberelevanten Medien vorliegen und ob bei diesen innerhalb der einzelnen Berufsgruppen medienspezifische Differenzierungen vorgenommen werden.

Dabei wird vor dem Hintergrund der oben erläuterten Zielsetzung insbesondere der Frage nachgegangen, inwieweit und mit welchen Begründungen gezielte Werbeverbote als zulässig erachtet oder aber vorhandene mediale Einschränkungen verfassungs- oder gemeinschaftsrechtlich aufgehoben bzw. modifiziert wurden. Desweiteren sind etwaig bestehende und gefestigte Grundsätze hinsichtlich der zulässigen Werbeformen der jeweiligen Werbeträger kritisch zu überprüfen und gegebenenfalls medienübergreifend geltende Vorschläge für eine kohärente Anpassung zu machen.

Im zweiten Teil der Arbeit sollen dann die gleichen Untersuchungen bezüglich der produktspezifischen Werbeverbote vorgenommen werden. Auch hier interessiert vornehmlich, inwieweit für die gesundheitsrelevanten Produkte Tabak, Alkohol und Arzneimittel Werbeverbote in den Medien bestehen, welche verfassungsrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Begründungen hierfür vorliegen und ob auch hier bestehende Restriktionen aus Kohärenzgründen kritisch betrachtet werden müssen.

Anschließend sind im dritten Teil die im Regelwerk des Glücksspielstaatsvertrages (GlüStV) enthaltenen Werbeverbote zu überprüfen. Dafür muss zunächst die Entstehungsgeschichte des Staatsvertrages sowie sein Regelungsgehalt unter besonderer Betrachtung des § 5 GlüStV dargestellt werden. Um zu beurteilen, inwieweit die dort vorhandenen und mit einem teilweisen Erlaubnisvorbehalt versehenen medienspezifischen Verbote rechtmäßig sind, ist anschließend die seitens der Europäischen Kommission und der juristischen Literatur zu § 5 GlüStV geäußerte Kritik anhand der in den vorhergegangenen beiden Teilen gewonnenen verfassungs- und europarechtlichen Erkenntnisse auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen. Hierfür sollen die aus der Bearbeitung der einschlägigen Regelungen für die Freiberufler und für die behandelten Produkte gewonnenen Ergebnisse auf die medienspezifischen Einschränkungen des GlüStV übertragen und untersucht werden, ob deren Wertungsmaßstäbe übernommen werden können oder ob die besondere Problematik des Glücksspielwesens eigenständige Rechtfertigungsgründe für die Werbeverbote des GlüStV erfordert.

¹ Die Werberegulungen für Gewerbetreibende werden nicht näher behandelt, da die Normen des UWG als insofern einschlägige Reglementierungen keine medienspezifischen Werbeverbote enthalten. Gewerbetreibende dürfen deswegen im Rahmen der Lauterkeit alle vorhandenen Medien nutzen, ohne in ihrer diesbezüglichen Auswahl beschränkt zu sein.

Erster Teil: Berufsbezogene medienspezifische Werbeverbote

A. Einführung

I. Einleitung

Die Bewerbung der beruflichen Tätigkeit wird bei allen freien Berufen durch gesetzliche Normen sowie Regelungen in den jeweiligen Berufsordnungen reglementiert. Die gewerbliche Werbung unterliegt dagegen nur dem allgemein geltenden Wettbewerbsrecht und keinerlei sonstigen berufsspezifischen Einschränkungen. Ein Gewerbetreibender kann so unproblematisch mit einer großformatigen und farblich ausgestalteten Zeitungsanzeige oder durch aufwändig produzierte Radio- oder Fernsehspots auf seinen Betrieb hinweisen. Diese Werbemittel werden dagegen von den Freiberuflern, die ebenso auf ihre Tätigkeit aufmerksam machen wollen und müssen, teilweise immer noch als berufsrechtlich verboten eingeschätzt und nur höchst zurückhaltend genutzt. Gerade die freiberufliche Werbung in den Medien gewinnt aber wegen der stetig ansteigenden Zahl der Angehörigen freier Berufe und des sich hieraus ergebenden stärkeren Konkurrenzdrucks immer mehr an Bedeutung.² Fraglich ist insofern, ob die medialen Werbeträger tatsächlich gezielten

² So bereits 2003 schon *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 41 mit entsprechenden Belegen des Statistischen Bundesamtes in Fn. 7; aktuelle Zahlen sind zu finden unter

berufs- oder satzungsrechtlichen Beschränkungen unterliegen oder ob die werbliche Zurückhaltung der Freiberufler schlicht auf traditionellem Standesdenken in Verbindung mit Unwissenheit bzw. Rechtsunsicherheit basiert.

Dies wäre insoweit verständlich, als gerade die freien Berufe hinsichtlich ihres Verhaltens im Wettbewerb doppelt beschränkt sind: Sie unterfallen nicht nur den allgemeinen Beschränkungen des Wettbewerbsrechts, sondern rücken zudem wegen ihrer ergänzenden berufsrechtlichen Werberegulungen über § 4 Nr. 11 UWG in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes.³ Die konkrete Frage, ob mit einem bestimmten Verhalten im Einzelfall ein Verstoß gegen Werberegulungen vorliegt, richtet sich daher sowohl nach den für alle Werbetreibenden geltenden Normen des UWG als auch zusätzlich noch nach den jeweiligen berufsrechtlichen Regeln.

Die umfassende Darstellung und Prüfung aller hieraus folgenden Werbemöglichkeiten bzw. -einschränkungen der Freiberufler ist Aufgabe der entsprechenden Kommentarliteratur. Ziel dieses ersten Teils ist vielmehr die vergleichende Betrachtung der für Werbung in den einzelnen Medien relevanten Normen mit gezielter berufsübergreifender Analyse der bisherigen Rechtsprechung, die sich mit der Rechtmäßigkeit dieser Regelungen und deren Konsequenzen für die Medienwerbung auseinandergesetzt hat. Die Frage, ob und wann genau ein Verstoß gegen Werberegulungen vorliegt, soll angesichts der Vielfalt und Reichweite der einschlägigen Vorschriften und dazugehöriger Urteile nicht umfassend, sondern nur medienpezifisch erläutert werden.

Die folgende Darstellung beschränkt sich deshalb darauf, die für die jeweiligen Berufsgruppen wesentlichen Grundsätze dahingehend zu skizzieren, inwieweit in den einzelnen Medien berufsspezifische Werbung zulässig oder verboten ist. In diesem Rahmen soll insbesondere untersucht werden, ob die gesetzlichen Regelungen und Berufsordnungen der einzelnen freien Berufe im Detail unterschiedliche Vorgaben zur Zulässigkeit und Unzulässigkeit von medienpezifischen Werbemaßnahmen enthalten oder ob diesbezüglich doch erhebliche Parallelen zwischen den einzelnen Berufsgruppen bestehen. Dafür ist zu prüfen, ob und wie die Werberegulungen der betrachteten Berufsgruppen unterschiedlich ausgestaltet sind, inwieweit eine medienpezifische Differenzierung vorgenommen wird und ob die dafür angeführten Begründungen gegebenenfalls einander entsprechen.

II. Gegenstand der Betrachtung

Gegenstand der Betrachtung in diesem ersten Teil ist damit grundsätzlich die Werbung der Freiberufler in den einzelnen Medien. Insofern ist es angebracht, nachfolgend die zentralen Begriffe „Medien“, „Freiberufler“ und „Werbung“ näher zu definieren.

www.freie-berufe.de/ueber-die-freien-berufe/daten-und-fakten.html (Zugriff März 2013). Siehe hierzu auch die Statistiken bei *Oberlander*, Neue Freie Berufe in Deutschland, S. 66 ff. sowie die Darstellung bei *Hardege*, Freie Berufe in Deutschland, S. 6 ff.

³ V. *Jagow*, in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, Einl I, Rn. 2.

1. Medien

Beim Begriff der „Medien“ wird grundsätzlich unterschieden zwischen Medien, die der Individualkommunikation zwischen bestimmten Personen dienen, und Massenmedien, deren optische und/oder akustische öffentliche Inhalte an eine unbestimmte Zahl von Menschen übermittelt werden.⁴ Zu den klassischen Massenmedien zählen die Printmedien (Zeitungen und Zeitschriften) sowie der Rundfunk (Hörfunk und Fernsehen). Diese werden seit den 1990er Jahren durch die „Neuen Medien“ ergänzt, wozu insbesondere das Internet zu zählen ist.⁵

Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen ist nur die Werbung über die Massenkommunikationsmittel Presse, Radio und Fernsehen sowie dem Internet. Ebenfalls wird die Werbung im Kino behandelt, da auch dort massenwirksame Werbemaßnahmen möglich sind. Die werbliche Individualkommunikation⁶ über Telefone und Faxgeräte wird im Rahmen dieser Arbeit nicht als Werbung „in Medien“ angesehen und nicht näher behandelt.

2. Freiberufler

Im Rahmen dieser Arbeit soll exemplarisch der klassische „Kernbestand“ der freien Berufe behandelt werden. Dazu zählen die rechts- und steuerberatenden Berufe (Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie Notare), die Heilberufe (Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte) und die Apotheker. Die für diese Berufe verwendete Sammelbezeichnung „Freie Berufe“ wird unterschiedlich festgelegt und definiert:⁷ Ipso jure wird die freiberufliche Stellung nur für zwei Berufsgruppen normiert. Nach § 2 Abs. 1 Bundesrechtsanwaltsordnung und § 1 Abs. 2 2. Hs. Bundesärzteordnung üben Rechtsanwälte und Ärzte einen freien Beruf aus. Für die anderen hier ausgewählten Berufsgruppen wird in § 1 Abs. 2 S. 2 PartGG die Freiberuflichkeit festgeschrieben und in S. 1 deren Merkmale näher definiert. Demnach haben die freien Berufe „im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt.“⁸ Auch wenn die Apotheker in der Aufzählung des § 1 Abs. 2 S. 2 PartGG nicht zu finden sind, so ist in Rechtsprechung⁹ und Literatur¹⁰ anerkannt, dass auch sie zu den freiberuflich Tätigen zu zählen sind.

⁴ Burkart, Kommunikationswissenschaft, S. 171 f. m.w.N.; Fechner, Medienrecht, Rn. 4 ff. mit weiteren Erläuterungen dieser Kriterien.

⁵ Siehe zu den einzelnen Medienformen Fechner, Medienrecht, Rn. 11-16.

⁶ Fechner, Medienrecht, Rn. 7.

⁷ Kretschmer, Ärztliche Werbung, S. 53; Hardege, Freie Berufe, S. 5; Bomba, Werbeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 52 f.; Ring, Wettbewerbsrecht der freien Berufe, S. 41.

⁸ Vgl. auch die steuerrechtliche Definition im weitgehend gleichlautenden § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

⁹ Vgl. BVerfGE 5, 25 (29 f.); 7, 377 (429); 17, 232 (239); 94, 372 (375).

¹⁰ Siehe Bomba, Werbeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 46 m.w.N sowie S. 51 f.; ausführlich herleitend Sodan, Freie Berufe, S. 207.

Nach den in der Literatur angeführten Definitionskriterien werden die freien Berufe durch folgende Merkmale gekennzeichnet: Ein Angehöriger eines freien Berufes erbringt in wirtschaftlich selbständiger Stellung persönliche Leistungen geistiger Art, welche durch seine besondere fachliche Qualifikation ermöglicht werden.¹¹ Seine Leistungen werden außerdem aufgrund eines auf dem Wissensgefälle zum Auftraggeber bestehenden Vertrauensverhältnisses und unabhängig von fachlichen Weisungen in Anspruch genommen.¹² Ferner unterliegt die Berufstätigkeit der Prämisse, „altruistisch und nicht gewinnorientiert-egoistisch motiviert zu sein.“¹³ Neben den rechtlichen Definitionen existiert auch ein soziologischer Terminus des Bundesverfassungsgerichts, wonach für die freien Berufe kennzeichnend ist „der persönliche Einsatz bei der Berufsausübung, der Charakter des jeweiligen Berufs, wie er sich in der allgemeinrechtlichen und berufsrechtlichen Ausgestaltung und in der Verkehrsanschauung darstellt, die Stellung und Bedeutung des Berufs im Sozialgefüge, die Qualität und Länge der erforderlichen Berufsausbildung.“¹⁴

Da die vorliegende Arbeit nicht das Ziel hat, die Eignung des Begriffs der Freiberuflichkeit zur Rechtfertigung von berufsrechtlichen Werbebeschränkungen zu untersuchen,¹⁵ sondern nur die dortigen medienpezifischen Werbeverbote einer genaueren Überprüfung unterziehen soll, ist es nicht erforderlich, sich ausführlicher mit der Herleitung und begrifflichen Problematik der freien Berufe zu befassen. Eine tiefere Auseinandersetzung wäre nur dann notwendig, wenn etwaige Werbeverbote mit einzelnen Charakteristika der Freiberuflichkeit begründet werden. Dieses wird gegebenenfalls an entsprechender Stelle berücksichtigt, eine generelle Überprüfung der Kriterien der Freiberuflichkeit soll hier nicht vorgenommen werden.

¹¹ *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 55 u. 67; *Kretschmer*, Ärztliche Werbung, S. 53; *Hardege*, Freie Berufe, S. 5 f. Siehe auch *Schulte*, Werberecht der freien Berufe, S. 18 ff.; *Taupitz*, Standesordnungen, S. 11 ff.; *Sodan*, Freie Berufe, S. 13 ff.; *Gesellensetter*, Annäherung des Freien Arztberufes an das Gewerbe, S. 37 ff.; *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 30 ff.; *Oberlander*, Neue Freie Berufe in Deutschland, S. 18 ff.

¹² *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 55 m.w.N.; *Kretschmer*, Ärztliche Werbung, S. 53.

¹³ *Kretschmer*, Ärztliche Werbung, S. 53.

¹⁴ BVerfGE 46, 224 (241); siehe hierzu näher *Séché*, Vereinbarkeit freiberuflicher Regulierungen mit dem EGV, S. 6 f. sowie *Hardege*, Freie Berufe, S. 5.

¹⁵ Nur dann wäre eine tiefere Auseinandersetzung mit der Definition des freien Berufes angebracht, da es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit sinnvoll wäre, Eigenschaften und Charakteristika der Freiberuflichkeit genau zu definieren, um die Eignung dieses Kriteriums zur Einschränkung von Grundrechten angemessen bewerten zu können.

3. Begriff und Erscheinungsformen freiberuflicher Werbung

Weder das UWG noch die berufsrechtlichen Regelwerke der Freiberufler enthalten eine Legaldefinition des Begriffs „Werbung“.¹⁶ Insofern ist mangels Begriffsbestimmung in der UGP-Richtlinie¹⁷ an die allgemeine wettbewerbsrechtliche Definition in Art. 2a) der Richtlinie 2006/114/EG¹⁸ über irreführende und vergleichende Werbung anzuknüpfen, wie es auch der BGH tut.¹⁹ Danach ist Werbung „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern“. Hier behandelte Werbemaßnahmen müssen also im Sinne dieser Definition im Zusammenhang mit der freiberuflichen Tätigkeit erfolgen und Äußerungen beinhalten, die gerade auf die Erbringung der freiberuflichen Dienstleistung gerichtet sind.

Zu den unter diese Definition fallenden Formen der traditionellen freiberuflichen Werbung zählen – neben einer hohen Reputation durch eine makellos ausgeübte Tätigkeit an sich – Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften sowie die dortige Weitergabe von fachlichen Informationen durch redaktionelle Veröffentlichungen, ferner die Aufnahme in spezialisierte Branchenverzeichnisse. Als ähnlich oft in Anspruch genommene Werbeformen sind zudem Praxisbroschüren, Werbung auf Praxisschildern und Werbetafeln sowie die Präsentation auf spezialisierten Berufsmessen zu nennen. Ebenso wird die reine Imagewerbung durch Sponsoring von Sportlern oder Sport- und Kulturveranstaltungen vermehrt von den Freiberuflern zu Werbezwecken genutzt. Ergänzt werden diese klassischen Werbeformen durch die Präsentationsmöglichkeiten der modernen Kommunikationstechnologien: Mit Werbespots in Radio, Fernsehen und Kino kann nach Zielgruppen sortiert eine noch größere Anzahl potentieller Werbeadressaten angesprochen werden. Hinzu kommen die sich stetig weiterentwickelnden Arten der beruflichen Selbstdarstellung, die das Internet dem individualisierten Marketing eröffnet.²⁰

III. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Für die nachfolgende Prüfung ist es ebenso notwendig, die verfassungsrechtlichen Grundlagen darzustellen, die für die medienpezifische Werbereglementierung in den beruflichen Regelwerken gelten. Da ausführliche Darstellungen über die Verfassungsmäßigkeit der allgemeinen berufs- und standesrechtlichen Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe bereits in einer Vielzahl vorhanden

¹⁶ *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 71.

¹⁷ Siehe hierzu unten, Fn. 414.

¹⁸ Richtlinie 2006/114/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl. EG Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 21 (22).

¹⁹ Siehe BGH, NJW 2005, S. 3716 (3717) bezugnehmend auf Art. 2 Abs. 1 der Vorgängerrichtlinie 84/450/EWG vom 10.09.1984 (ABl. EG Nr. L 250 v. 19.09.1984, S. 17).

²⁰ Siehe insgesamt *Kluth/Goltz/Kujath*, Zukunft der freien Berufe S. 52 f.

sind,²¹ sollen hier unter Angabe weiterführender Verweise nur die verfassungsrechtlichen Vorgaben skizziert werden, die die betroffenen Grundrechte der freiberuflich Tätigen insbesondere an die Werberegulungen stellen, durch die speziell die Werbung in den einzelnen Medien beschränkt wird.

Grundsätzlich stellt sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit zweifach: Zunächst muss das Werbeverbot bzw. die die Werbebeschränkung enthaltende Regelung selbst verfassungskonform sein. Neben der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift selber muss aber auch deren Anwendung im Einzelfall verfassungsrechtlich korrekt erfolgt sein, d.h. der grundrechtliche Schutzbereich des Werbenden durfte nicht unverhältnismäßig beschränkt werden. Zu untersuchen, inwieweit die Fachgerichte diejenigen Normen, deren verfassungsrechtlicher Unterbau hier dargestellt wird, in den jeweiligen Einzelfällen mit medienspezifischem Bezug anwenden, ist Hauptaufgabe des dritten Abschnitts dieses Teils.²² An dieser Stelle soll daher nur überblicksartig der verfassungsrechtliche Rahmen aufgezeigt werden, ohne den Inhalt der Regelungen vorwegzunehmen, die unterteilt nach den einzelnen Berufsgruppen und den jeweiligen Werbemedien nachfolgend im dritten Abschnitt schwerpunktmäßig behandelt werden.

1. Berufsfreiheit gem. Artikel 12 Abs. 1 S. 1 GG

Bei jeglicher Art von Einschränkungen, die unmittelbar oder mittelbar den Beruf betreffen, greift die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG ein. Sie gewährleistet dem Einzelnen das Grundrecht, jede erlaubte Tätigkeit als Beruf auszuüben, auch wenn sie nicht einem traditionellen oder rechtlich fixiertem Berufsbild entspricht.²³ Zu der durch Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteten Freiheit der Berufsausübung gehört aber „nicht nur die berufliche Praxis selbst, sondern auch jede Tätigkeit, die mit der Berufsausübung zusammenhängt und dieser dient. Sie schließt die Außendarstellung von selbständig Berufstätigen ein, soweit sie auf die Förderung des beruflichen Erfolges gerichtet ist.“²⁴ Der Schutz des Art. 12 GG erstreckt sich insofern auch auf die der Förderung des beruflichen Erfolges gerichtete berufliche Außendarstellung einschließlich der Werbung für die Inanspruchnahme der jeweiligen Dienste.²⁵

Die im Berufsrecht der Freiberufler enthaltenen Werbeeinschränkungen müssen somit als Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 12 GG dessen Rechtferti-

²¹ *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 183-298; *Kluth/Goltz/Kujath*, Zukunft der freien Berufe, S. 56-62; *Schuster*, Werberecht des Notars, S. 101-160; *Bahner*, Werberecht für Ärzte, S. 15-29; *Balzer*, Arzt- und Klinikwerberecht, S. 50-58 sowie S. 86-121; *Kretschmer*, Ärztliche Werbung, S. 37-71; *Döbbel*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 45-66; *Philipp*, Werbemöglichkeiten der Ärzte, S. 30-43.

²² Siehe S. 35 ff.

²³ Grundlegend BVerfGE 7, 377 (397).

²⁴ BVerfGE 94, 372 (389); 85, 248 (256 m.w.N.).

²⁵ BVerfG, NJW 2004, S. 3765; NJW 1997, S. 2510.

gungsvoraussetzungen genügen. Erforderlich für Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung ist nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG entweder ein formelles oder ein aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung ergangenes materielles Gesetz, also eine Rechtsverordnung oder Satzung.²⁶ Die berufsgesetzlichen Werbebeschränkungen bzw. die satzungsrechtlichen Berufsordnungen füllen als formelle bzw. materielle Gesetze rein formal diesen Gesetzesvorbehalt aus.²⁷

Zulässig ist eine in diesen enthaltene Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit zudem nur, sofern sie durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt, wenn also das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und auch erforderlich ist und bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt bleibt.²⁸ Die genaue Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG wird vom BVerfG durch die Drei-Stufen-Theorie näher vorgegeben.²⁹ Nach dieser bestehen für die drei möglichen Eingriffsarten Berufsausübungsregelung, subjektive Berufswahlregelung und objektive Berufswahlregelung unterschiedliche Voraussetzungen zur Rechtfertigung, die von der Schwere des jeweiligen Eingriffs abhängen.³⁰ Die Werbevorschriften des hier zu betrachtenden Berufsrechts werden als bloße Berufsausübungsregelungen angesehen und können somit als geringfügigste Grundrechtsbeeinträchtigungen durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden.³¹

In der Rechtsprechung, aber auch in der Literatur werden hierfür unterschiedliche Gemeinwohlbelange angeführt, die nach dem aktuellen Verständnis zum Teil aber keinen Bestand mehr haben.³² Als bei allen freien Berufen Werbebeschränkungen rechtfertigende Gemeinwohlbelange werden heute letztlich nur der Schutz des

²⁶ Dreier/Wieland, GG, Art. 12, Rn. 97; Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn. 30; Sachs/Mann, GG, Art. 12, Rn. 106; Kämmerer, in Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 53. Siehe auch Bomba, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 210 sowie Döbbelt, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 51; beide m.w.N.

²⁷ Die Berufsordnungen stützen sich auf die erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungen. Diesbezüglich siehe die Ausführungen unten zu den jeweiligen Normen.

²⁸ BVerfGE 76, 196 (207); 61, 291 (312 m.w.N.); 71, 162 (173); BVerfG, NJW 1996, S. 3067 (3067 f.); Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 18; Jänich, in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 67, Rn. 9; Hartung/Römermann/v. Lewinski, Vor § 6 BerufsO, Rn. 49; Lehmler, § 4 Nr. 11, Rn. 104; MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 143; alle mit weiteren ausführlichen obergerichtlichen Rspr.-Nachweisen; ausführlich zur Verhältnismäßigkeit auch Bomba, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 221 ff.

²⁹ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 7, 377 (6. Leitsatz sowie 401, 403 und 405 ff.)

³⁰ Näher zur Stufentheorie Sachs/Mann, GG, Art. 12, Rn. 125 ff. sowie Bomba, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 224 m.w. Nachweisen der Kommentarliteratur.

³¹ BVerfGE 94, 372 (390); 85, 248 (257); 71, 162 (172); S. Schuster, Werberecht des Notars, S. 110 m.w.N.; kritisch Kretschmer, Ärztliche Werbung, S. 44 f.

³² Siehe hierzu die ausführlichen Darstellungen bei Bomba, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 225 ff. Vgl. auch Schuster, Werberecht des Notars, S. 117 ff.; Kluth/Goltz/Kujath, Zukunft der freien Berufe, S. 58 ff.; Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 21 ff. sowie speziell für die

Vertrauens der Bevölkerung in den jeweiligen Berufsstand sowie die Sicherung der Funktionsfähigkeit der freien Berufe insgesamt anerkannt. Wie *Becker-Eberhard*³³ treffend zusammenfasst, ist allen Inhabern eines freien Berufs zuzusprechen, „dass sowohl die Allgemeinheit als auch der einzelne Mandant bzw. Patient ihnen das Vertrauen entgegenbringen können muss, sie würden als Rechtsanwalt oder Steuerberater nicht aus Gewinnstreben zu Prozessen raten oder die Sachbehandlung an Gebühren ausrichten, als Arzt nicht aus Gewinnstreben eine bestimmte Untersuchung vornehmen, Behandlungen vorsehen oder Medikamente verordnen und als Apotheker nicht aus Gewinnstreben die Aufgaben der Arzneimittelversorgung nicht ordnungsgemäß erfüllen.“ Die Sicherung dieses Vertrauensverhältnis zwischen Freiberufler und Vertragspartner als Ziel der berufsrechtlichen Werbebeschränkungen ist nach vorherrschender Ansicht der sie rechtfertigende Gemeinwohlbelang.³⁴ Anwaltliche Werbung³⁵ kann somit nur untersagt werden, wenn sie die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege³⁶ und die Interessen des rechtsuchenden Publikums gefährdet,³⁷ ärztliche Werbung kann verboten werden, wenn sie die Funktionsfähigkeit der medizinischen Versorgung der Bevölkerung und Sicherstellung der Volksgesundheit³⁸ beeinträchtigt und Apothekerwerbung darf die gesicherte Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln³⁹ nicht bedrohen.⁴⁰

Nach diesem kurzen Überblick über die zur Rechtfertigung von Werbebeschränkungen für freie Berufe geltenden Gemeinwohlbelange wird die hierauf basierende Verfassungsmäßigkeit eventuell vorhandener medienpezifischer Werbebeschränkungen im weiteren Verlauf noch genauer behandelt.

Rechtsanwaltswerbung *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 51 ff.; speziell für die Arztwerbung *Balzer*, Arzt- und Klinikwerberecht, S. 86 ff.

³³ In Fezer, § 4-S3, Rn. 21 mit den dazugehörigen Rspr.-Nachweisen; allerdings auch mit Rückgriff auf den höchst umstrittenen Gemeinwohlbelang der Vorbeugung einer unerwünschten Kommerzialisierung der freien Berufe. Hierzu zu Recht kritisch *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 273 ff.; *Balzer*, Arzt- und Klinikwerberecht, S. 94 ff.

³⁴ Fezer/*Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 21; *Schulte*, Das Werberecht der freien Berufe, S. 56 f.; kritisch *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 276 ff.

³⁵ Dies gilt sinngemäß auch für Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare, bei denen ebenso die „unabhängige, eigenverantwortliche, gewissenhafte und verschwiegene Aufgabenerfüllung“ wesentliche Grundlage der Legitimierung ihrer Werbebeschränkungen ist; siehe BVerfG, WRP 2005, S. 83 (87).

³⁶ Siehe beispielsweise BVerfGE 76, 171 (189); 82, 18 (28); 108, 150 (161 f.); BVerfG, GRUR 2003, S. 965 (966).

³⁷ BVerfG, NJW 1988, S. 194 (195); *Schuster*, Werberecht des Notars, S. 122 m.w.N.

³⁸ Siehe nur BVerfG NJW 2003, S. 879, Leitsatz 3a; *Schuster*, Werberecht des Notars, S. 125 m.w.N.; zur formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit der Werbeeinschränkungen von Ärzten auch *Kretschmer*, Ärztliche Werbung, S. 37 ff.

³⁹ Siehe BVerfGE 17, 232 (240); 94, 372 (395); 53, 96 (98).

⁴⁰ Fezer/*Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 23 mit weiteren Nachweisen.

2. Meinungsäußerungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Hs. GG

Eher in Ausnahmefällen wird vom BVerfG⁴¹ auch die Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Hs. GG⁴² herangezogen, nämlich wenn Freiberufler gezielt Werbemaßnahmen schalten, bei denen es gerade auf eine bestimmte Meinungsäußerung und weniger auf die freiberufliche Dienstleistung an sich ankommt.⁴³ Selbst dann sind aber die für berufsrechtliche Beschränkungen geltenden verfassungsrechtlichen Vorgaben weitgehend gleichlaufend zu denen des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG: Die Werbenormen des Berufsrechts sind formelle (so z.B. § 43b BRAO) oder materielle Gesetze (so z.B. die Berufsordnungen der Ärzte und Apotheker), die nicht Meinungen als solche verbieten, sondern den zu ihrer Rechtfertigung vorgebrachten Schutzzwecken dienen. Sie sind daher anerkannterweise „allgemeine Gesetze“⁴⁴ im Sinne des Art. 5 Abs. 2 1. Alt GG.⁴⁵ Weiter finden bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich die gleichen Erwägungen wie bei Art. 12 GG Anwendung, da auch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Abwägung bei Art. 5 Abs. 2 GG die bereits oben⁴⁶ angeführten Gemeinwohlbelange Geltung beanspruchen.⁴⁷

Die Meinungsfreiheit wird allerdings höchst selten derart in ihrem eigentlichen Anwendungsbereich betroffen sein, da freiberufliche Dienstleistungswerbung im Normalfall mit ihrer inhaltlichen Ausgestaltung rein wirtschaftlich umsatz- und gewinnerhöhende Ziele verfolgt und keine darüber hinausgehenden meinungsäußernden Aussagen enthält.⁴⁸ Deswegen liegt der deutliche Schwerpunkt der Betrachtung des Bundesverfassungsgerichts bei freiberuflichen Werbeverboten und -beschränkungen regelmäßig nur in der Prüfung der Verletzung der Berufsfreiheit.⁴⁹ Da in

⁴¹ BVerfGE 71, 162 (175); 76, 196 (204); 85, 248 (263 f.).

⁴² Der persönliche Schutzbereich der Medienfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG erfasst lediglich öffentliche Rundfunkanstalten und private Rundfunkanbieter, also diejenigen, die eigenverantwortlich Rundfunk veranstalten (siehe *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 5, Rn. 41; *Sachs/Bethge*, GG, Art. 5, Rn. 109 f. u. 114, *Dreier/Schulze-Fielitz*, GG, Art. 5 I, II, Rn. 118; differenzierend *Starck*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 108 ff.). Träger dieses Grundrechts sind dagegen nicht die Werbekunden, so dass die grundrechtlichen Medienfreiheiten für die Freiberufler selber nicht direkt einschlägig sind und hier keiner weiteren Beachtung unterfallen.

⁴³ *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 193, welcher hierfür als Beispiel das Frischzellentherapie-Urteil des BVerfG (BVerfGE 71, 162 ff.) anführt. Kritisch zu diesem Verweis *Schuster*, Werberecht des Notars, S. 151, Fn. 821.

⁴⁴ Dies sind solche Gesetze, die sich nicht gegen eine Meinung als solche richten, sondern dem Schutz eines schlechthin ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen; so ständige Rspr. des BVerfG seit dem Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198 (209 f.); nachfolgend 85, 248 (263); 102, 347 (360).

⁴⁵ *Schuster*, Werberecht des Notars, S. 152; so auch für Werbebeschränkungen der Ärzte *Kretschmer*, Ärztliche Werbung, S. 50.

⁴⁶ Siehe S. 13.

⁴⁷ *Schuster*, Werberecht des Notars, S. 153.

⁴⁸ *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 193.

⁴⁹ BVerfGE 54, 237 (251); 57, 121 (130 f.); 60, 215 (229); 71, 162 (172 m.w.N.); 71, 183 (196); 85, 248 (256); *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 6; *MüKo/Ernst*, UWG Anh. §§ 1-7 H Allg., Rn. 3; *Jänich*,

dieser Arbeit zudem das Hauptaugenmerk auf den möglichen Werbeformen und -trägern liegt und nicht tiefergehend auf den damit übertragenen inhaltlichen Aussagen und darin eventuell mitvorhandenen Meinungsäußerungen, kann die Meinungsfreiheit insofern als Grenzen ziehendes Grundrecht für die Betrachtung der Werbung in den Medien ausgeklammert werden.

IV. Europarechtliche Vorgaben

Bei der Betrachtung der Werbebeschränkungen des nationalen Berufsrechts freier Berufe sind ebenso die Vorschriften des europäischen Gemeinschaftsrechts zu beachten. Weil dieses aber nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Anwendung gelangt, freiberufliche Dienstleistungen jedoch regelmäßig aufgrund der verschiedenen europäischen Sprachen und bei der Rechts- und Steuerberatung zudem wegen der divergierenden mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen vorwiegend mit einem rein nationalen Tätigkeitsschwerpunkt ausgeübt werden,⁵⁰ ist die praktische Bedeutung des Gemeinschaftsrechts hier vergleichsweise gering.⁵¹ Aus diesem Grund werden die Grundfreiheiten und das europäische Wettbewerbsrecht in der einschlägigen juristischen Literatur selten als eigenständige Problematik angesehen und verhältnismäßig knapp behandelt.⁵² Auch hier soll eine ausführliche Ausarbeitung dieser Problematik nicht stattfinden, vielmehr werden lediglich die entscheidenden Punkte überblicksartig zusammengefasst.⁵³

1. Vereinbarkeit freiberuflicher Werbebeschränkungen mit den EG-Grundfreiheiten

a) Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 34 ff. AEUV

Bei der Betrachtung der EG-Grundfreiheiten und ihrer Bedeutung für nationale Werberegulierungen in Berufsgesetzen und untergesetzlichen Satzungsbestimmungen kommt zunächst die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 ff. AEUV in Betracht, nach der zwischen den Mitgliedstaaten mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung verboten sind. Dies gilt i.d.R. jedoch

in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 67, Rn. 9; Hartung/Römermann/v. Lewinski, Vor § 6 BerufsO, Rn. 45 f.; *Kleine-Cosack*, BRAO, Vor § 43b, Rn. 8; *Lehmle*, § 4 Nr. 11, Rn. 107; *Balzer*, Arzt- und Klinikwerberecht, S. 51 m.w.N.

⁵⁰ *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 70.

⁵¹ Dies bestätigend *Kleine-Cosack*, Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 135; *Schulte*, Das Werberecht der freien Berufe, S. 64 f.

⁵² Vgl. *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 357-370; *Kretschmer*, Ärztliche Werbung, S. 71-149; *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 70-93; *Schuster*, Werberecht des Notars, S. 160-195; *Diefenbach*, GewArch 2006, S. 217 ff., v.a. 222 ff.; ausführlich nur *Séché*, Vereinbarkeit freiberuflicher Regulierungen mit dem EGV, S. 27 ff.

⁵³ Die hier behandelten Beschränkungen der freiberuflichen Werbung berühren den Normzweck der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AUEV ersichtlich nicht (*Schuster*, Werberecht des Notars, S. 171 f.; *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 359 m.w.N.), weswegen eine genauere Behandlung von vornherein unterbleibt.

nur für Waren, also körperliche Erzeugnisse, die einen Geldwert haben und Gegenstand von grenzüberschreitenden Handelsgeschäften sein können.⁵⁴ Lediglich akzessorische Warenlieferungen und Gegenstände, die nur der Werbung dienen, fallen als reiner Sachzusammenhang zur ausgeübten Tätigkeit nicht in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit,⁵⁵ so dass diese bezüglich der freiberuflichen Werberegulungen nicht einschlägig ist.⁵⁶

b) Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV

Relevanter ist die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV, deren Anwendungsbe- reich gem. Art. 57 lit. d) AEUV insbesondere die grenzüberschreitende freiberufliche Tätigkeit erfasst und die vorübergehende Berufsausübung vor diskriminierenden Maßnahmen der einzelnen Mitgliedstaaten schützen soll. Hiervon werden im Gegensatz zur Warenverkehrsfreiheit auch solche Tätigkeiten erfasst, die die grenzüberschreitende Leistung begleiten, also auch Werbemaßnahmen.⁵⁷ Sofern also einzelne Werbebeschränkungen des jeweiligen Berufsrechts im Vergleich zu den Regelungen des Staates, aus dem die freiberufliche Leistung stammt, strenger sind, könnten sie als versteckte Diskriminierung rechtfertigungsbedürftige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit darstellen.⁵⁸ Diese sind aber rechtfertigungsfähig, wenn die Beschränkungen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen und zur Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels geeignet und erforderlich sind.⁵⁹ Insofern sind die Anforderungen des EuGH an die Verhältnismäßigkeit mit

⁵⁴ EuGH, Rs. C-7/68, Slg. 1968, 633 (2. Leitsatz); hierauf auch verweisend *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 357. – Siehe zu den Schutzobjekten des Art. 34 AEUV auch *Kingreen*, in Callies/Ruffert, Art. 28, Rn. 120 f.; *Müller-Graff*, in Groeben/Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 269; *Luxx*, in Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 34, Rn. 10; alle m.w.N.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039, Rn. 24; *Kotzur*, in Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AUEV, Art. 34, Rn. 3; *Müller-Graff*, in Groeben/Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 279.

⁵⁶ *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 357; dort auch mit weiteren Ausführungen und Nachweisen zur Geltung der Warenverkehrsfreiheit für die Apotheker, die als einzige Freiberufler direkt mit Waren handeln. Deren Werberestriktionen fallen als bloße Verkaufsmodalitäten ebenso nicht unter die Art. 34, 35 AEUV, da sie für alle EU-inländischen und -ausländischen Wirtschaftsteilnehmer unterschiedslos gelten. Vgl. diesbezüglich auch *Séché*, Vereinbarkeit freiberuflicher Regulierungen mit dem EGV, S. 97 ff. sowie S. 48, Punkt 158 des 16. Hauptgutachtens 2004/2005 der Monopolkommission unter http://www.monopolkommission.de/haupt_16/presse_sum_h16.pdf (Zugriff März 2013).

⁵⁷ EuGH, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039, Rn. 22, 24 f.; hierauf bezugnehmend *Kluth*, in Callies/Ruffert, Art. 57 AEUV, Rn. 18; siehe auch *Seyr*, in Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 56, 57, Rn. 8 u. 10 sowie *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 361; *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 71; beide mit Verweis auf *Mälzer*, Werbemöglichkeiten für Rechtsanwälte in der EU, S. 188 f. sowie m.w.N.

⁵⁸ *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 73 f. sowie *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 362; beide m.w.N.; siehe auch *Kretschmer*, Ärztliche Werbung, S. 95 f.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Rn. 32; Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37; weiterführend *Holoubek*, in Schwarze, EU-Kommentar, Artikel 56/57, Rn. 107 ff. m.w.N.; *Kluth*, in Callies/Ruffert, Art. 57 AEUV, Rn. 72.

denen des Bundesverfassungsgerichts weitestgehend vergleichbar.⁶⁰ Aus diesem Gleichlauf wird bezüglich der freiberuflichen Werbung geschlussfolgert, dass „die Rechtfertigungsmaßstäbe des Gemeinschafts- und Verfassungsrechts qualitativ gleichgerichtet“ sind.⁶¹ Somit können die zur Rechtfertigung von Werbebeschränkungen bereits oben⁶² angeführten Gemeinwohlbelange gleichsam auch zur Begründung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit herangezogen werden.⁶³ Aufgrund dessen spielten die nationalen freiberuflichen Werberegulungen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten bislang kaum eine eigenständige Rolle.

2. Vereinbarkeit freiberuflicher Werbebeschränkungen mit europäischem Wettbewerbsrecht

Für die Werbebeschränkungen in den von den Berufskammern der Rechtsanwälte, Ärzte und Apotheker erlassenen Berufsordnungen sind zudem die Vorschriften des europäischen Wettbewerbsrechts nach Art. 101 ff. AEUV relevant.⁶⁴ Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sind Unternehmensvereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten. Nach Art. 102 AEUV gilt das gleiche für jedes unternehmerische Verhalten, durch das eine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt wird, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Umstritten war, ob die Berufsordnungen der freien Berufe in der Bundesrepublik Deutschland dem Regelungsgehalt dieser Normen unterliegen.⁶⁵ Nach neuerer Auffassung des EuGH in der Rechtssache *Wouters*,⁶⁶ ist aber geklärt, dass die freiberuflichen Standesvertretungen mangels hinreichender struktureller Bindungen keine kollektive marktbeherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt erreichen können, so dass eine Beurteilung freiberuflichen Kammerrechts nach Art. 102

⁶⁰ *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 75 m.w.N.

⁶¹ *Kluth/Goltz/Kujath*, Zukunft der freien Berufe, S. 63.

⁶² Siehe S. 13 ff.

⁶³ *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 363 m.w.N.; *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 76.

⁶⁴ Die berufsgesetzlichen Bestimmungen (§ 43b BRAO, § 57a StBerG, § 52 WPO und § 29 BNotO) fallen als gesetzliche Regelungen und damit direkte Maßnahmen der Mitgliedstaaten anders als die Satzungsbestimmungen nicht unmittelbar unter Art. 101 ff. AEUV, siehe EuGH, NJW 2002, S. 882 (884).

⁶⁵ *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 76 m.w.N.; *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 364 ff.; *Kretschmer*, Ärztliche Werbung, S. 132 ff.

⁶⁶ Urt. v. 19.02.2002, Rs. C-309/99, NJW 2002, S. 877 ff.

AEUV nicht in Betracht kommt.⁶⁷ Da aber die Kammern als Selbstverwaltungskörperschaften Verordnungen oder Satzungen völlig autark verabschieden, sind diese durchaus als Beschluss einer Unternehmensvereinigung einzustufen und deswegen durch Art. 101 AEUV begrenzt.⁶⁸ Die in dieser Norm enthaltenen Wettbewerbseinschränkungen werden jedoch vom EuGH ähnlich wie bei den Eingriffen in die Grundfreiheiten auch im Rahmen des europäischen Wettbewerbsrechts als zulässig angesehen, wenn sie im Gesamtzusammenhang für die ordnungsgemäße Ausübung des freien Berufes notwendig und verhältnismäßig sind.⁶⁹ Aufgrund dieser Übereinstimmung der Rechtfertigungskriterien des EuGH mit den den freiberuflichen Werbebeschränkungen zugrundeliegenden nationalen Gemeinwohlüberlegungen⁷⁰ kommt der Bindung der satzungsrechtlichen Werberegeln an das europäische Wettbewerbsrecht nur eine subsidiäre Bedeutung zu.⁷¹ Soweit die einschlägigen Normen in den Berufssatzungen den Anforderungen des Grundgesetzes und der zur Eingriffsrechtfertigung heranzuziehenden Gemeinwohlbelange entsprechen, kann ein Verstoß gegen europäisches Wettbewerbsrecht daher ebenso verneint werden.⁷²

3. Ergebnis

Die Geltung der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Wettbewerbsrechts für das freiberufliche Werberecht ist bislang aufgrund des weitgehenden Gleichlaufes mit der grundrechtlichen Überprüfung in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung kaum in Erscheinung getreten.

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 19.02.2002, Rs. C-309/99, NJW 2002, S. 877 (882 m.w.N.). – Ähnlich *Séché*, Vereinbarkeit freiberuflicher Regulierungen mit dem EGV, S. 252; kritisch *Eichele/Happe*, NJW 2003, S. 1214 ff.; veraltet *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 367 f. m.w.N.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 19.02.2002, Rs. C-309/99, NJW 2002, S. 877 (878 f.). Vgl. *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 77, *Kretschmer*, Ärztliche Werbung, S. 134 f.; *Kleine-Cosack*, Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 134 sowie ausführlich *Séché*, Vereinbarkeit freiberuflicher Regulierungen mit dem EGV, S. 137-158. – Die frühere Auffassung, wonach die Kammern der freiberuflichen Vertretungen wegen ihrer überwiegend dem öffentlichen Wohl verpflichteten Tätigkeit weder als Unternehmen noch als Unternehmensvereinigungen i.S.d. Art. 81 f. EG einzustufen seien (so bspw. *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 367) hat sich damit erledigt.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 19.02.2002, Rs. C-309/99, NJW 2002, S. 877 (881, Rn. 97 m.w.N.). Siehe hierzu auch *Schuster*, Werberecht des Notars, S. 187 f.; *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 92 f.

⁷⁰ Siehe oben, S. 13 ff.

⁷¹ Dies feststellend *Müllers/Mederle*, WRP 2008, S. 871 (873).

⁷² *Schuster*, Werberecht des Notars, S. 188; *Kleine-Cosack*, Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 148; mit Einschränkungen zustimmend *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 82 f.

Obwohl aufgrund dessen nicht mit einer Auseinandersetzung des EuGH mit den berufsrechtlichen Beschränkungen der Mitgliedstaaten in nächster Zeit gerechnet wird,⁷³ so ist doch eine Tendenz zur Überprüfung freiberuflicher Werbebeschränkungen auch auf europäischer Ebene erkennbar: Am 09. Februar 2004 veröffentlichte die Europäische Kommission einen „Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen“⁷⁴ und forderte die Mitgliedstaaten zu einer Überprüfung der Werbevorschriften der freien Berufe dahingehend auf, ob sie entsprechend der Anforderungen des EuGH dem Allgemeininteresse dienen, verhältnismäßig und gerechtfertigt sind.⁷⁵ Dabei hat die Kommission zwar grundsätzlich anerkannt, dass die besonders hochwertigen Dienstleistungen, welche die Angehörigen der freien Berufe erbringen, eine einschränkende Reglementierung auch der Werbung rechtfertigen können, trotzdem könnten und sollten anstelle traditionell restriktiver Vorschriften „wettbewerbsfördernde Mechanismen“ eingesetzt werden.⁷⁶ Am 05. September 2004 erfolgte eine darauf bezugnehmende Folgemitteilung der Kommission⁷⁷, in der die von den Mitgliedstaaten umgesetzten Veränderungen bewertet wurden. Für Deutschland wurden darin „kleinere Reformen und analytische Arbeiten“ positiv festgestellt,⁷⁸ trotzdem forderte die Kommission die Mitgliedstaaten insgesamt explizit auf, weitere Reformanstrengungen zu unternehmen, um „beträchtliche Vorteile für die Wirtschaft und die Verbraucher“ zu erbringen.⁷⁹ Vor diesem Hintergrund und aufgrund der Tatsache, dass die Kommission in dieser Mitteilung angekündigt hat, sich weiterhin für eine umfassende Modernisierung des freiberuflichen Sektors einzusetzen,⁸⁰ wird der europäische Einfluss im Berufs- und Werberecht der Freiberufler zunehmend an Bedeutung gewinnen und von den freien Berufen fordern, verstärkt europäische Vorgaben und Leitlinien zu beachten.⁸¹

⁷³ So *Kretschmer*, *Ärztliche Werbung*, S. 148.

⁷⁴ Mitteilung der Kommission vom 09.02.2004 – Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen, KOM(2004), 83 endg. – Siehe weiterführend *Schuster*, *Werberecht des Notars*, S. 161 f. sowie ausführlich *Séché*, *Vereinbarkeit freiberuflicher Regulierungen mit dem EGV*, S. 17-22.

⁷⁵ Mitteilung der Kommission vom 09.02.2004, KOM(2004), 83 endg., S. 25.

⁷⁶ Mitteilung der Kommission vom 09.02.2004, KOM(2004), 83 endg., S. 5.

⁷⁷ „Freiberufliche Dienstleistungen – Raum für weitere Reformen“, KOM(2005), 405, endg. v. 05.02.2005.

⁷⁸ Mitteilung vom 05.02.2005, KOM(2005), 405, endg., S. 8.

⁷⁹ Mitteilung vom 05.02.2005, KOM(2005), 405, endg., S. 11. – Vgl. die Darstellung bei *Schuster*, *Werberecht des Notars*, S. 162 f.

⁸⁰ Mitteilung vom 05.02.2005, KOM(2005), 405, endg., S. 11.

⁸¹ Siehe zu dem insofern mit der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG erfolgten nächsten Schritt unten, S. 89. Zur Anwendbarkeit der UGP-Richtlinie 2005/29/EG auf die freiberufliche Werbereglementierung siehe Fn. 414.

B. Die Liberalisierung der Werbung in den Medien durch das Bundesverfassungsgericht

Angesichts der Tatsache, dass jeder Freiberufler einem eigenständigen Berufs- bzw. Satzungsrecht unterliegt, ist es eine nicht unbedeutende Frage, in welcher der Zielsetzung dieser Arbeit am besten gerecht werdenden Weise die darin enthaltenen Werberegulungen darzustellen sind.

Vorzugswürdig erschien bei erster Betrachtung eine getrennte, schrittweise Darstellung der freiberuflichen Regelungen mit der Überprüfung derjenigen Normen, die die einzelnen Freiberufler in ihrem werblichen Verhalten einschränken. Es sollte dargestellt werden, inwieweit im Rahmen dessen für die einzelnen Freiberufler Begrenzungen vorhanden sind, die die Werbung in den Medien von vornherein untersagen, unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Werbung an sich. Bei näherer Betrachtung wurde aber deutlich, dass sich nahezu sämtliche Ausführungen in der Kommentarliteratur und in weiterführenden Werken, die die möglichen Werbeträger und -medien behandeln, auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1996 stützen. Da dieses Urteil die grundlegenden und entscheidenden Ausführungen zur medienbedingten Form von freiberuflicher Werbung und der Zulässigkeit einer entsprechenden „Vorverurteilung“ der Werbemedien enthält, soll es nunmehr vorangestellt werden.

Die Analyse geht also wie folgt vor: In diesem Abschnitt werden die relevanten Entscheidungen dargestellt, die in der Vergangenheit seitens der Rechtsprechung die Grundlagen für die freiberufliche Werbung generell und die Medienwerbung im Besonderen geschaffen haben. Im Anschluss soll dann überprüft werden, ob die sich aus diesen Urteilen ergebenden Kriterien und Grundsätze nach nunmehr über fünfzehn Jahren im Berufsrecht der einzelnen Freiberufler gänzlich umgesetzt wurden und ob von den Gerichten die einzelnen freiberuflichen Werbemaßnahmen in den Medien den obergerichtlichen Vorgaben entsprechend beurteilt worden sind. Unter Beachtung der in diesem Teil dargestellten Rechtsprechung und der darauf basierenden Vorgaben ist der nächste Abschnitt damit der vertieften Analyse des medienspezifischen Regelungsgehalts der einzelnen berufsrechtlichen Werbebeschränkungen gewidmet.

I. Die allgemeine Entwicklung vom Werbeverbot zur Werbefreiheit für die freien Berufe

Vor zwei Jahrzehnten noch enthielten die Berufsordnungen und -gesetze der freien Berufe grundsätzliche Werbeverbote, die nicht nur bestimmte Medien, sondern sämtliche Werbung unabhängig von der Form der Darstellung erfassten und üblicher Bestandteil des noch restriktiven „Standesrechts“ aller freien Berufe waren.⁸²

⁸² Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 1; MüKo/Schaffert, § 4 Rn. 11, Rn. 140.

Das Werbeverbot der Rechtsanwälte beruhte auf der Rechtsprechung der anwaltlichen Ehrengerichte zur Reichsrechtsanwaltsordnung von 1879 und wurde erstmals berufsrechtlich festgehalten in den Ziffern 20 ff. des 1929 vom Deutschen Anwaltsverein entworfenen „Vademecums“⁸³ sowie den darauf beruhenden „Richtlinien für die Ausübung des Anwaltsberufs“.⁸⁴ Anschließend wurde das Verbot 1936 in den von der Bundesrechtsanwaltskammer als anwaltliches Standesrecht proklamierten „Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts“⁸⁵ normiert.⁸⁶ Bis 1994 enthielt so § 2 Abs. 1 S. 1 der Richtlinien für Rechtsanwälte vom 21.06.1973 den Passus: „Der Rechtsanwalt handelt standeswidrig, wenn er um Praxis wirbt.“⁸⁷ Für die Steuerberater war ebenso bis 1994 in §§ 8 Abs. 1, 57 StBerG a.F.⁸⁸ ein generelles Werbeverbot enthalten, genauso lange wie auch für die Wirtschaftsprüfer in § 52 WPO a.F.⁸⁹ Bei den Notaren wurde bis 1998 aus der BNotO und ihren Vorläufern die Werbung mit der Begründung untersagt, mit dem Berufsbild des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes verträglich kein gewerbliches Verhalten.⁹⁰ Ebenso enthielt die das Werbeverhalten der Ärzte regelnde Musterberufsordnung (MBO) ein generelles Werbeverbot ohne Ausnahmen. Nach § 21 Abs. 1 der MBO 1956 war bis ins Jahr 1997 „jegliche Werbung und Anpreisung“ dem Arzt untersagt.⁹¹

1. Grundsatzurteile zu absoluten Werbeverboten

a) Zur Rechtsanwaltswerbung ergangene Beschlüsse des BVerfG vom 14. Juli 1987

Die Entwicklung weg von diesen auf einem traditionellen Standesbewusstsein beruhenden Verboten hin zu einem wirklichen Werberecht der freien Berufe hat ihren Ursprung in zwei grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Juli 1987⁹², in denen das Gericht den anwaltlichen Standesrichtlinien erstmals die Eignung für die Begründung von Einschränkungen der Berufsfreiheit der

⁸³ AnwBl 1929, S. 172 (Beilage) und Beilage zu Heft 6 der JW 1929.

⁸⁴ Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 1.

⁸⁵ Vom 21.02.1936, RGBl. I, S. 107.

⁸⁶ Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 1 m.w.N. – Zur Geschichte des anwaltlichen Werbeverbots ausführlich *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 124 ff. sowie *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 97 ff.

⁸⁷ *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 125 mit Fundstellenangabe der Richtlinien und weiterführenden Nachweisen.

⁸⁸ Siehe unten, S. 50.

⁸⁹ Siehe unten, S. 56.

⁹⁰ Siehe unten, S. 72.

⁹¹ *Kretschmer*, Ärztliche Werbung, S. 68 m.w.N.

⁹² Beschl. d. ersten Senats v. 14.07.1987 – 1 BvR 537/81 und 195/87, BVerfGE 76, 171; Beschl. d. ersten Senats v. 14.07.1987 – 1 BvR 362/79, BVerfGE 76, 196.

Rechtsanwälte absprach.⁹³ Die Verfassungsrichter entschieden, die Standesrichtlinien der Anwälte – einschließlich des darin enthaltenen absoluten Werbeverbotes – seien ungeeignet, die von Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG geschützte anwaltliche Berufsfreiheit verfassungskonform zu beschränken und könnten nicht mehr als Hilfsmittel zur Auslegung und Konkretisierung der Generalklausel des § 43 BRAO herangezogen werden.⁹⁴ Insbesondere die werberechtlichen Einschränkungen setzten als Eingriffe in die Berufsfreiheit Regelungen voraus, „die auch materiellrechtlich den Anforderungen an Einschränkungen dieses Grundrechts genügen“⁹⁵; im übrigen unterliege die anwaltliche Berufsausübung und somit auch die Werbung der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des Einzelnen.⁹⁶ Seitdem können die Berufsfreiheit beschränkende Werberegulungen nur in verhältnismäßigem Maße durch „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“ im Rahmen von Rechtsnormen im Sinne des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gerechtfertigt werden, „die durch demokratische Entscheidungen zustande gekommen sind“.⁹⁷

b) Konsequenzen für die Werbeverbote aller freien Berufe

Diese Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht insofern erstmals an durch Werbenormen erfolgende Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit stellte, führten zu einer „massiven Deregulierung und Liberalisierung der Berufsrechte der freien Berufe“.⁹⁸ Dies galt zunächst vor allem für das durch das Bundesverfassungsgericht direkt angesprochene Werberecht der Rechtsanwälte, später aber auch für die freien Berufe insgesamt, da sämtliche Standesorganisationen die bestehenden Normen durch liberale und verfassungskonforme Regelungen ersetzen mussten.⁹⁹ So kam es im Jahr 1994 zu Neufassungen der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), der Wirtschaftsprüferordnung (WPO) und des Steuerberatungsgesetzes (StBerG), durch die das berufliche Werberecht erstmals gesetzlich anerkannt wurde,

⁹³ Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 3; Schuster, Werberecht des Notars, S. 102. – Die Generalklausel des § 43 BRAO wurde nach bisheriger Auffassung des BVerfG durch die Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts in rechtmäßiger Weise konkretisiert. Dabei war zwar anerkannt, dass die Richtlinien nicht Rechtsnormen im eigentlichen Sinne waren, sie galten aber als legitimes Hilfsmittel zur Auslegung und Konkretisierung der Generalklausel des § 43 BRAO; so Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 2.

⁹⁴ BVerfGE 76, 171 (188 f.); BVerfGE 76, 196 (205). – Vgl. Schuster, Werberecht des Notars, S. 102.

⁹⁵ BVerfGE 76, 171 (188).

⁹⁶ Ebenda. – Auf die Generalklausel § 43 BRAO ließen sich Beschränkungen anwaltlicher Werbung deshalb nur noch für eine Übergangszeit stützen, und „nur soweit es zur Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Rechtspflege unerlässlich ist“, konnte „auch weiterhin auf die Standesrichtlinien zur Konkretisierung der Generalklausel zurückgegriffen werden“; so BVerfGE 76, 171 (189) sowie Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 3.

⁹⁷ BVerfGE 76, 171 (188). – Siehe auch Schuster, Werberecht des Notars, S. 102 f.

⁹⁸ Schuster, Werberecht des Notars, S. 102 f.

⁹⁹ Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 5; Schulte, Werberecht der freien Berufe, S. 1; hierauf bezugnehmend Schuster, Werberecht des Notars, S. 103.

indem spezielle, das Werbeverhalten detailliert regelnde Vorschriften eingefügt wurden.¹⁰⁰ Ergänzend wurden von den jeweiligen Berufskammern satzungsrechtliche Berufsordnungen erlassen, die ebenfalls die Zulässigkeit möglicher Werbemaßnahmen im Einzelnen zum Gegenstand haben.¹⁰¹ Die Ärzteschaft hat dagegen erst seit 2002 eine den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechende Mustersatzung geschaffen,¹⁰² bei den Notaren ist eine ähnliche Entwicklung ebenfalls erst seit den letzten Jahren sichtbar.¹⁰³

Aufgrund der strikten und umfänglichen Folgerechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁰⁴ gilt mittlerweile für jede freiberufliche Berufsgruppe, dass unter dem Schutz der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG das Bewerben ihrer beruflichen Tätigkeit nicht grundsätzlich verboten und nur ausnahmsweise erlaubt, sondern grundsätzlich erlaubt und nur ausnahmsweise verboten ist.¹⁰⁵ Insofern ist die Werbeliberalisierung der rechts- und steuerberatenden Berufe bezüglich zu beseitigender verfassungswidriger Grenzen mittlerweile vollends abgeschlossen.¹⁰⁶

2. Grundsatzurteil zu gezielten medienpezifischen Werbeverboten für die freien Berufe

Beruhend auf den beiden Grundlagenentscheidungen vom 14. Juli 1987 hat das BVerfG am 22. Mai 1996¹⁰⁷ eine weitere richtungweisende Grundsatzentscheidung erlassen. In dem nachfolgend als „Apothekenwerbeentscheidung“ bezeichneten Urteil hat das Gericht die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Werbung und

¹⁰⁰ *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 42.

¹⁰¹ Ebenda.

¹⁰² Siehe hierzu unten, S. 70 ff.

¹⁰³ So *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 5. – Diesbezüglich siehe auch unten, S. 57 ff.

¹⁰⁴ Diese wird aufgrund der Kontrolldichte der gerade Anfangs gegenläufigen Praxis der Kammern und Rechtsprechung der Fachgerichte auch als „Liberalisierungsmotor der freien Berufe“ sowie als „dritte Säule des Berufsrechts der freien Berufe“ bezeichnet; siehe *Schuster*, Werberecht des Notars, S. 101 m.w.N sowie *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 5.

¹⁰⁵ Siehe zu dieser Entwicklung auch *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 17; *Köhler/Bornkamm/Köhler*, § 4, Rn. 11.85; beide m.w.N. – Insofern sind – wie *Becker-Eberhard* (in *Fezer*, § 4-S3, Rn. 27 m.w.N.) zu Recht anmerkt – Formulierungen wie in § 43b BRAO und § 57a StBerG („Werbung ist nur erlaubt, soweit sie...“) missglückt und „letztlich nur noch als Reminiszenz an die vergangene Zeit der Werbeverbote zu verstehen. Verfassungskonform ausgelegt sind sie so zu lesen, als stünde dort „Werbung ist dem Rechtsanwalt bzw. dem Steuerberater untersagt, soweit sie in Form und Inhalt unsachlich oder auf die Erteilung eines Auftrages im Einzelfall gerichtet ist.““ – Siehe auch unten, S. 36.

¹⁰⁶ Siehe zu den Konsequenzen dessen S. 133 ff. – *Becker-Eberhard* (in *Fezer*, § 4-S3, Rn. 26 mit entspr. N.) stellt allerdings richtigerweise ebenso fest, dass dies auch auf der Bereitschaft des BVerfG beruht, noch als strikte, ohne Einschränkungen verfasste Werbeverbote wie § 29 BNotO dahingehend verfassungskonform auszulegen, sie untersagten nur die berufswidrige Werbung. Siehe hierzu auch unten, S. 58 ff.

¹⁰⁷ Beschluss v. 22.05.1996 – 1 BvR 744/88; 1 BvR 60/89, 1 BvR 1519/91, BVerfGE 94, 372-400.

Werbeverbote für Apotheker unter Berücksichtigung der Bedeutung und Tragweite des Art. 12 GG überprüft.¹⁰⁸ Im Zuge dessen mussten sich die Richter erstmals mit der zentralen Frage befassen, inwieweit die medienbedingte Form von freiberuflicher Werbung für deren Zulässigkeit nach den jeweiligen Berufsvorschriften vorentscheidend sein kann.

Wie oben bereits erwähnt,¹⁰⁹ hat die berufsübergreifende Überprüfung der freiberuflichen Werbemöglichkeiten gezeigt, dass die gesamte berufsrechtliche Medien-Werbeliberalisierung letztlich auf dieser Entscheidung basiert. So zitiert auch die Kommentarliteratur zur freiberuflichen Medienwerbung regelmäßig die einschlägigen Passagen der Urteilsgründe dieser Entscheidung.¹¹⁰ Da sie die wesentlichen Kernaussagen enthalten, die für die spätere Prüfung der einzelnen freiberuflichen Werbenormen höchst relevant sind, sollen diese im folgenden dargestellt werden.

a) Zur Apothekenwerbung ergangene Entscheidung des BVerfG vom 22. Mai 1996

In den relevanten Passagen der Urteilsgründe hat das BVerfG zunächst anerkannt, dass Werbeverbote und Werbeeinschränkungen für die freien Berufe in den Berufsordnungen grundsätzlich dazu beitragen könnten, dass der Berufsstand seine Aufgaben ordnungsgemäß und mit beruflichem Verantwortungsgefühl erfüllt.¹¹¹ So müsse die Bevölkerung bei der Werbung eines Apothekers sicher sein, dass dieser – obwohl auch Gewerbetreibender – sich nicht von Gewinnstreben beherrschen lasse, sondern seine Verantwortung im Rahmen der Gesundheitsberufe wahrnehme. Dies müsse sich auch in der Werbung widerspiegeln.¹¹²

Im Rahmen dieser Zielsetzung wurden aber die Normen der damaligen Berufsordnungen der Apotheker, die direkte medienspezifische Werbeverbote ohne nähere Begründung enthielten, verboten.¹¹³ Nach Ansicht des Gerichts konnten die

¹⁰⁸ Zu entscheiden war über die Zulässigkeit bestimmter Werbemaßnahmen der Kläger, die von den jeweiligen Berufsgerichten geahndet worden waren, so zum Beispiel Werbeanzeigen in Zeitungsanzeigen, Werbung mit Handzetteln, unentgeltliche Werbezugaben sowie Werbung mit Verkaufschütten.

¹⁰⁹ Siehe Einleitung, S. 22.

¹¹⁰ Siehe die Nachweise in Fn. 123.

¹¹¹ BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1093).

¹¹² BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1093).

¹¹³ So enthielt die Berufsordnung der Bayerischen Landesapothekenkammer in der Fassung vom 12.11.1983 (Pharmazeutische Zeitung 1983, S. 2795) folgende Regelung: „Unzulässig ist die Verteilung von Werbeprospekten, Werbebriefen (z.B. Postwurfsendungen), Handzetteln oder Flugblättern, von Werbemaßnahmen in Kino, Film, Fernsehen, mit Bildschirmtext o.ä., Werbung auf öffentlichen Verkehrsmitteln, Bandenwerbung auf Sportplätzen, Werbeveranstaltungen in Form von Tombolas, Preisausschreiben, Ausflugsfahrten o.ä.“ sowie „Unzulässig ist die Einzelwerbung in Zeitungen, Zeitschriften, Telefonbüchern, Fahrplänen, Stadtplänen, Theaterprogrammen usw., wenn sie mehr als Namen und Adresse der Apotheke sowie den Namen des Inhabers enthält und größer als 40 qcm ist. Eröffnungs- und Jubiläumsanzeigen mit entsprechendem Hinweis sind jeweils nur zweimal zulässig. Als Jubiläumsanzeigen gelten nur solche, in denen die Alterszahl durch 25 teilbar ist.“, siehe BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1094). Zu Recht hat diesbezüglich das BVerfG

zur Rechtfertigung vorgetragenen Gemeinwohlbelange eine Beschränkung der Berufsausübung von solcher Reichweite nicht rechtfertigen. Soweit eine Regelung der Berufsordnung zum Beispiel die Versendung von Werbebrieffen sowie die Verteilung von Flugblättern und Werbemitteln außerhalb der Apotheke ausnahmslos verbot, wurde sie als rechtswidrig angesehen.¹¹⁴ Aus Sicht des Gerichts ließ sich die Frage, ob Werbung außerhalb der Apotheke als übertrieben einzustufen sei, vielmehr nur aus der „Verbindung von Werbeträger und Werbeaussage unter Berücksichtigung ihrer Gestaltung und ihrer Häufigkeit entscheiden“.¹¹⁵ Es „sei nicht ersichtlich, dass bestimmte Werbeträger – entgegen ihrem erklärten Zweck und abweichend von der sonstigen Werbepaxis – generell geeignet wären, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die berufliche Integrität deswerbenden zu schmälern“.¹¹⁶ Auch Werbung außerhalb der Apotheke könne sachliche Aussagen enthalten und über das Angebot sowie die Lage der Apotheke in einer Form informieren, die weder zum Arzneimittelfehlgebrauch verleite noch die ordnungsgemäße Berufsausübung des Apothekers gefährde oder sein Ansehen in der Öffentlichkeit herabmindere.¹¹⁷

Selbst wenn der Zweck einer Regelung unter Umständen den Ausschluss bestimmter Werbeträger rechtfertigen sollte, führe jedenfalls aus Sicht der Richter im Fall von begründungsfreien Werbeverböten in Berufsordnungen eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe zu dem Ergebnis, dass die Grenzen der Zumutbarkeit überschritten seien, wenn die Berufsordnung keinen Raum für eine Prüfung der konkreten Werbung lasse, sondern von vornherein die Werbung in bestimmten Medien untersage.¹¹⁸ Solange sich die Werbemittel im Rahmen des Üblichen bewegten, sei es schwerlich möglich, allein aus dem Werbeträger unmittelbar auf – in diesem Fall – eine Gefährdung der Arzneimittelversorgung oder mittelbar auf einen Schwund des Vertrauens der Öffentlichkeit in die berufliche Integrität der Apotheker zu schließen. Setze ein Verbot also allein an der Form der Werbung an, schwäche sich die Beziehung zum rechtfertigenden Gemeinwohlbelang derart ab, dass eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit nicht mehr gegeben sei. Sofern eine Werbevorschrift dagegen Werbung verbiete, die aufgrund der drei Kriterien Form, Inhalt und Häufigkeit als übertrieben anzusehen sei, werde die gebotene Verbindung zwischen Aussage, Träger und Intensität hergestellt und nicht mehr nur allein auf die Form abgestellt, was keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliege. Schließlich

kritisiert, dass in diesen Vorgaben Ausführungen dazu fehlten, warum bestimmte Werbemittel als unsachlich, übertrieben oder gar marktschreierisch zu gelten hätten, fehlen; siehe ebenda.

¹¹⁴ BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1094).

¹¹⁵ BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1094).

¹¹⁶ BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1094).

¹¹⁷ BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1094).

¹¹⁸ BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1094).

könne und solle nur übertriebene und marktschreierische Werbung, die auf eine Vernachlässigung der Pflichten hindeuten könne, vermieden werden.¹¹⁹

Welche Werbeformen und welche Häufigkeit der Werbung als üblich, als angemessen oder als übertrieben bewertet werden, unterliege dabei zeitbedingten Veränderungen. „Hier haben die Berufsgerichte dem Wandel im Werbeverhalten des Handels Rechnung zu tragen. Denn durch dieses Verhalten ändern sich Wahrnehmungsfähigkeit und Wahrnehmungsbereitschaft der Verbraucher und damit auch die Beurteilung der Frage, welche Werbung übertrieben ist.“¹²⁰ Werbung für das Randsortiment von Apothekern beispielsweise sei aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls nicht allein deshalb aufdringlich, weil sich der Apotheker derselben Methoden bediene, die auch von anderen Kaufleuten beim Handel mit denselben Artikeln verwendet würden. Bei der Frage, wann Marketingaktivitäten anpreisend und damit übertrieben seien, sei insofern der mittlerweile an Werbung gewöhnten veränderten Wahrnehmungsfähigkeit der Verbraucher ausreichend Rechnung zu tragen. So sei es insbesondere unzulässig, von neuartigen Werbeträgern automatisch auf die Gefährdung schutzwürdiger Gemeinwohlbelange und damit auf die Unzulässigkeit der Werbung insgesamt zu schließen, wenn diese sich ansonsten durchaus noch im Rahmen des Üblichen bewege. Was dabei als „üblich“ beurteilt werden kann, richtet sich nach Ansicht der Karlsruher Richter auch nicht nach dem Empfinden der möglicherweise konservativen Standeskreise, sondern nach der Auffassung der Allgemeinheit als eigentlichen Adressaten des beanstandeten Werbeauftrittes.¹²¹

Im Ergebnis hat das Bundesverfassungsgericht somit in aller Deutlichkeit festgestellt, dass Werbeverbote die Apotheker dann unverhältnismäßig einschränken, „wenn sie bestimmte Werbeträger ohne Rücksicht auf Form und Inhalt der Werbung vollständig ausschließen oder wenn sie als strikte Regelung einer Würdigung aller maßgeblichen Umstände keinen Raum lassen.“¹²² Aus seiner Sicht unterliegt eine werberechtliche Norm nur dann keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn sie die Verbindung zwischen Werbeträger, Werbeaussage und Werbeintensität berücksichtigt. Nur aufgrund einer umfassenden Würdigung aller maßgeblichen Umstände darf beurteilt werden, ob eine konkrete Werbemaßnahme berufsrechtlich unzulässig ist. Eine Untersagung oder berufsrechtliche Ahndung von Werbung auf der Grundlage von Normen, die sich ohne Differenzierung gegen bestimmte Werbeträger oder Werbeformen richten, ist daher seit dem Apothekenwerbebeschluss des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr möglich.

¹¹⁹ BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1094).

¹²⁰ BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1094).

¹²¹ BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1095).

¹²² BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1094).

b) Übertragbarkeit auf andere Freiberufler

Fraglich ist, ob sich diese liberale Einzelentscheidung zu den werberechtlichen Beschränkungen der Apotheker auch derart ohne weiteres auf die anderen Freiberufler übertragen lässt, wie es die Kommentarliteratur vornimmt. Diese führt nämlich bezüglich des jeweils behandelten Freiberuflers regelmäßig das Apothekenwerbeurteil an, wenn es um die Möglichkeiten der Werbung in den Medien geht.¹²³

Nur vereinzelt wird von kritischen Stimmen in der Literatur aus der Tatsache, dass sich das Urteil mit der Werbung des Apothekers beschäftigt, welcher nicht nur Angehöriger eines freien Berufs, sondern zugleich Kaufmann ist, der beim Absatz der nicht apothekenpflichtigen Waren im freien Wettbewerb mit anderen Gewerbetreibenden steht,¹²⁴ noch geschlussfolgert, dass einzig aufgrund dieses Konkurrenzverhältnisses das Bundesverfassungsgericht dem Apotheker einen besonderen Maßstab für die zulässige Werbung und die möglichen Werbeformen zugebilligt habe. Diese Ausführungen könnten aber nicht auf die „normalen“ Freiberufler übertragen werden.¹²⁵ Dies ist bei differenzierter Betrachtung so nicht richtig: Der Aspekt des bestehenden Wettbewerbsverhältnisses zu anderen Gewerbetreibenden, die einzig den Werberegungen des UWG unterfallen, ist kein tragender Grund sämtlicher in dem Urteil vorhandener Überlegungen und Schlussfolgerungen, sondern wird nur hinsichtlich der möglichen auf den *Inhalt* bezogenen Restriktionen der Werbemaßnahmen des Apothekers relevant.¹²⁶ Keineswegs aber wird dieser von den Richtern herangezogen bei der Feststellung, dass dem Apotheker gerade aufgrund seiner freiberuflichen Stellung (und eben nicht aufgrund seiner Konkurrenz zu anderen Gewerbetreibenden) grundsätzlich alle möglichen Werbemedien offenstehen müssen. Hierfür waren für die Richter allein die sich aus der freiberuflichen Stellung des Apothekers i.S.d. Art. 12 GG ergebenden, oben bereits dargelegten verfassungsrechtlichen Gegebenheiten entscheidend.

So hat auch das Bundesverfassungsgericht die im Apothekenwerbebeschluss bezüglich der möglichen Werbemedien ausgesprochenen Maßstäbe im selben Jahr erst auf die Architekten¹²⁷, später dann auf die steuer- und rechtsberatenden Berufe¹²⁸

¹²³ Dieses wird so nicht auf den ersten Blick deutlich, da dieses Urteil jeweils mit unterschiedlichen Fundstellen und teilweise ohne genaue Datumsangabe (BVerfGE, NJW, GRUR, WRP, etc.) zitiert wird. – Siehe bspw. Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 63; Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.88; MüKo/Schaffert, § 4 Rn. 11, Rn. 147.

¹²⁴ Siehe hierzu unten, S. 80.

¹²⁵ So Schippel/Bracker/Görk, RLE/BNotK VII, Rn. 9; *Starke*, in Beck'sches Notarhandbuch, S. 1500 f., Rn. 143.

¹²⁶ Der Apotheker darf sich deswegen derselben Werbemethoden bedienen, die üblicherweise auch von anderen Gewerbetreibenden beim Vertrieb der gleichen Artikel verwendet werden und ist anders als die anderen Freiberufler nicht nur an sachliche Werbung gebunden. Siehe hierzu aber ausführlich noch unten, S. 82.

¹²⁷ Nichtannahmebeschlüsse vom 19.12.1996 – 1 BvR 792/91, WRP 1997, S. 301; 1 BvR 1188/93, WRP 1997, S. 302.

¹²⁸ BVerfGE 98, 49 (49 f.); BVerfG, WRP 2000, S. 720; NJW 2004, S. 2656 (2656) für Rechtsanwälte.

und anschließend auch auf die Heilberufe¹²⁹ übertragen.¹³⁰ Nachdem es deswegen mittlerweile in allen Entscheidungen zum Werberecht der einen Berufsgruppe übergangslos Grundsätze aus Entscheidungen anwendet, die zum Werberecht anderer Freiberufler ergangen sind,¹³¹ überprüfen der BGH¹³² und die Fachgerichte¹³³ die medialen Werbemöglichkeiten aller freien Berufe ebenfalls einheitlich.¹³⁴ Auch ist anzunehmen, dass hinter der nicht weiter begründeten unkritischen Übernahme der Kernaussagen des Apothekerwerbebeschlusses in der Kommentarliteratur die gleiche Ansicht steht, dass nämlich die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Aspekte – zumindest in Fragen der Werbung – zwischen den Freiberuflern von den Autoren als durchaus vergleichbar eingestuft werden.

Ein Vorrangverhältnis der Bedeutung, der für die Apotheker herangezogenen Gemeinwohlbelange, die im Apothekenwerbebeschluss zur Versagung der medien-spezifischen Werbeverbote geführt haben, im Vergleich zu den durch Regelungen für die weiteren freien Berufe primär geschützten Rechtsgüter lässt sich aus verfassungsrechtlicher Sicht auch aus keinerlei Gründen herleiten.¹³⁵ Im Gegenteil – hinsichtlich ihrer Zielsetzung sind sämtliche Gemeinwohlbelange, die hinter den einzelnen berufsrechtlichen Werbebeschränkungen stehen, gleich gelagert: Regelmäßig ist dies der Schutz des Vertrauens der Bevölkerung in den jeweiligen Berufsstand in seiner berufsspezifischen Ausprägung.¹³⁶ Natürlich dürfen die für einen Gemeinwohlbelang bzw. die für den einen Freiberufler geltenden Feststellungen der Rechtsprechung nicht ungeprüft übernommen werden, sondern das jeweilige Übertragungsergebnis muss einer strengen Überprüfung im Einzelfall unterzogen werden. Angesichts der verfassungsrechtlichen Komplexität verbietet sich „jede generalisierende und unflexible Betrachtungsweise“.¹³⁷ Für die im Apothekenwerbebeschluss überprüfte Regelungsmaterie, nämlich die medien-spezifischen Werbeverbote der Berufsordnungen, kann eine Übernahme der getätigten Kernaussagen auf alle Freiberufler aber deswegen uneingeschränkt vorgenommen werden, weil – wie oben bereits beschrieben – sich die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts eben nicht gezielt auf nur bei Apothekern einschlägige Gemeinwohlaspekte beziehen, sondern weil die vom Gericht getätigten Aussagen genauso vor dem Hintergrund

¹²⁹ BVerfG, NJW 2002, S. 3091 ff.; NVwZ 2005, S. 683; NJW 2003, S. 879 ff.; WRP 2003, S. 1209 (1211).

¹³⁰ *Schuster*, Werberecht des Notars, S. 104.

¹³¹ Vgl. in neuerer Zeit BVerfG, NJW 2005, S. 2692; NJW 2004, S. 2656 (2656 f.); WRP 2003, S. 1425 (1426); WRP 2002, S. 521 (522) sowie Nichtannahmebeschluss vom 19.10.2001 – 1 BvR 1050/01 (juris).

¹³² Vgl. BGH NJW 2001, S. 1791 (1793); NJW 2004, S. 440; NJW 2004, S. 1099.

¹³³ Siehe hierzu die jeweiligen Nachweise in der nachfolgenden Darstellung der einzelnen Berufsgruppen.

¹³⁴ Dies feststellend *Schuster*, Werberecht des Notars, S. 104 m.w.N.

¹³⁵ So ähnlich hinsichtlich der Beziehung des Verhältnisses zwischen Rechtsprechung von Rechtsanwälten zu Ärzten *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 320 f.

¹³⁶ Siehe oben, S. 13 f.

¹³⁷ *Balzger*, Arzt- und Klinikwerberecht, S. 85.

der Zielsetzung der Gemeinwohlzwecke von Werbebeschränkungen anderer Freiberufler Bestand hätten. Es ist kein durchgreifendes Argument ersichtlich, warum sich also die oben dargelegten Ausführungen nicht auch auf andere Freiberufler übertragen lassen. Insofern ist die auch vom Bundesverfassungsgericht nunmehr in ständiger Rechtsprechung getätigte Übertragung der Kernaussagen des Apothekenwerbeurteils auf alle freiberuflichen Werberegeln nicht zu beanstanden.

II. Ergebnis

Nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts im Apothekenwerbebeschluss von 1996 darf die Wahl der für die freiberufliche Werbung zur Verfügung stehenden Medien keine Auswirkung auf die rechtliche Beurteilung einer Werbemaßnahme haben; allein die Form des Werbeträgers rechtfertigt es regelmäßig nicht, die Grenzen erlaubter Außendarstellung von freiberuflich Tätigen enger zu ziehen. Eine Untersagung oder berufsrechtliche Ahndung von Werbung auf der Grundlage absoluter „Per-se-Verbote“, die sich ohne Differenzierung gegen bestimmte Werbeträger oder -formen richten, ist nicht mehr möglich, da diese nach dem Apothekenwerbebeschluss einen verfassungswidrigen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung darstellen würden. So gilt für sämtliche freiberufliche Werbemaßnahmen, dass die Benutzung eines bestimmten Mediums grundsätzlich als wertneutral zu betrachten ist und ein zur Selbstdarstellung gewähltes Medium für sich betrachtet nicht die Unzulässigkeit der Werbung begründen kann. Freiberufler haben somit die freie Wahl des Werbeträgers; ihnen stehen alle zur Information über ihre Dienstleistungen geeigneten Formen der Werbung zur Verfügung.

Es ist jedoch überraschend, wie sehr die Feststellungen dieses Urteils von Rechtsprechung und Literatur als Grundsatzaussagen angesehen und nicht weiter hinterfragt wurden. Bei genauer Betrachtung zeigt sich nämlich, dass sich weder Leitsatz noch Sachverhalt dieser Entscheidung thematisch im Schwerpunkt tiefergehend mit den medienspezifischen Aspekten von freiberuflichen Werbeverboten befassen. Vielmehr erstrecken sich die entscheidenden und immer wieder zitierten Passagen lediglich über drei Absätze des 28-seitigen¹³⁸ Urteils sowie auf vereinzelte nachfolgende Stellen. Kritisch könnte man insofern anführen, dass sich das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung eigentlich mit der Problematik von freiberuflichen medienspezifischen Werbeverboten eher „am Rande“ beschäftigt hat und es vielleicht zu weit geht, hinsichtlich dieses gerade in der heutigen Zeit elementaren Werbefelds von einer fundierten höchstrichterlichen Rechtsmeinung bezüglich der Zulässigkeit bzw. Gefährlichkeit von Werbemaßnahmen in einzelnen Medien zu sprechen. Ob die hier dargestellten Kernaussagen dieses bisher in der Folgerechtsprechung des BVerfG auch nicht revidierten Urteils insofern auch hinsichtlich der

¹³⁸ Ausgehend von der amtlichen Ausgabe in BVerfGE 94, 372-400.

medialen Werbung mit aktuellen Werbeformen weiterhin uneingeschränkt Geltung und Zustimmung verdienen, soll deswegen später noch geprüft werden.¹³⁹

C. Durchsetzung der Liberalisierung im Berufsrecht der freien Berufe

Der vorangegangene Teil hat gezeigt, dass die Berufsfreiheit des Art. 12 GG die Außendarstellung und Werbung der Freiberufler derart gewährleistet, dass die medienbedingte Form nicht vorentscheidend für die Zulässigkeit einer freiberuflichen Werbemaßnahme sein darf. Dementsprechend müsste es sämtlichen Angehörigen der freien Berufe grundsätzlich erlaubt sein, in allen Medien zu werben. Ausgehend von dieser Überlegung soll in diesem Abschnitt geprüft werden, ob sich nunmehr fünfzehn Jahre später diese verfassungsgerichtlichen Feststellungen auch wirklich durchgesetzt haben, so dass die neuen Medien von allen Freiberuflern werblich genutzt werden können oder ob bestimmte medienspezifische Werbeformen weiterhin aufgrund berufsrechtlicher Normen oder im Rahmen gerichtlicher Einzelfallentscheidungen versagt werden. Damit soll untersucht werden, ob nach den erfolgten Reformierungen der freiberuflichen Werberegulungen nunmehr hinsichtlich der zulässigen Medienwerbung ein vor dem Hintergrund des Apothekenwerbeurteils verfassungsrechtlich befriedigender kohärenter Zustand in freiberuflicher Gesetz- und Satzungsgebung besteht.

Hierfür ist es erforderlich, die gegenwärtig für die rechts- und steuerberatenden Berufe, Heilberufe und Apotheker geltenden Werberegulungen darzustellen und neben einem kurzen Überblick über ihre Entwicklungshistorie die grundsätzlichen, das heißt medienübergreifenden Kriterien für zulässige Werbung herauszuarbeiten. Diese müssten – sollten in der Tat keine Beschränkungen für die Art der tauglichen Werbeträger mehr bestehen – die einzigen Kriterien für die zulässige freiberufliche Werbung in allen werberelevanten Medien darstellen. Auch wenn verfassungsgerichtlich vorgegeben ist, dass es kein Medium geben darf, in dem eine Werbemaßnahme per se unzulässig ist, ist insofern zu prüfen, ob nicht doch noch indirekte versteckte Medienwerbverbote oder spezifische Zulässigkeitsvoraussetzungen bei der Verwendung bestimmter Werbeträger gesetzlich bzw. satzungsrechtlich vorhanden sind oder seitens der Rechtsprechung aufgestellt werden.

I. Rechtsanwälte

Im Rahmen der als erstes erfolgenden, medienspezifisch orientierten Betrachtung der anwaltlichen Berufsregelungen liegt dementsprechend das Augenmerk darauf, welche Werbemöglichkeiten für die Rechtsanwälte bestehen und ob die einschlägigen Regelungen dabei direkt auf die werberelevanten Medien Bezug nehmen. Im

¹³⁹ Siehe die Darstellung ab S. 95 ff.

folgenden ist deswegen § 43b BRAO als Zentralnorm des Werberechts der Anwälte genauer zu untersuchen.

1. Einleitung

Nach den oben dargestellten Entscheidungen des BVerfG¹⁴⁰ vom 14. Juli 1987 wurde das anwaltliche Berufsrecht durch das Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwälte vom 02. September 1994¹⁴¹ neu geregelt. Die für die Rechtsanwälte einschlägigen Berufsausübungsregelungen finden sich seitdem in der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO). Zusätzlich regelt die auf Grundlage von § 59b BRAO geschaffene Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) ergänzende allgemeine und besondere Berufspflichten. Da in den für die Werbung maßgeblichen Bestimmungen des zweiten Abschnitts (§§ 6-10) aber keine Vorgaben enthalten sind, die sich direkt auf werbespezifische Medien beziehen, wird hier nicht weiter auf deren Regelungsgehalt eingegangen.¹⁴²

2. Grundsätzliche Anforderungen an die Anwaltswerbung gemäß § 43b BRAO

Grundlage für die Bemessung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit aller anwaltlichen Werbemaßnahmen ist § 43b BRAO. Nach dieser Norm ist dem Rechtsanwalt Werbung nur erlaubt, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist. Diese Formulierung ist allerdings aufgrund der oben dargelegten Grundsätze dahingehend zu verstehen, dass dem Rechtsanwalt Werbung nicht grundsätzlich verboten, sondern grundsätzlich erlaubt ist und daher nicht die Zulassung der Werbung, sondern deren Beschränkung einer begründeten Rechtfertigung bedarf.¹⁴³ Dennoch beabsichtigt § 43b BRAO ausweislich der amtlichen Begründung keine völlige Freigabe der Werbung, vielmehr soll gezielte Werbung um eigene Mandate und Irreführung mit dem Anwaltsberuf unvereinbar sein.¹⁴⁴ Mit seinem Wortlaut soll insofern klargestellt werden, dass der Rechtsanwalt Werbung nur betreiben darf, „soweit es sich um eine Informationswerbung handelt, die über sein Dienstleistungsangebot sachlich informiert.“¹⁴⁵ Dementsprechend führt auch das BVerfG

¹⁴⁰ Beschlüsse 1 BvR 537/81 und 195/87 sowie 1 BvR 362/79, BVerfGE 76, 171 ff. und 196 ff. Siehe hierzu bereits oben, S. 24 ff.

¹⁴¹ Vom 02.09.1994, BGBl. I, S. 2278.

¹⁴² Dafür siehe z.B. die Kommentierung zu §§ 6-10 BerufsO in *Hartung/Römermann*, Berufs- und Fachanwaltsordnung, Kommentar, 5. Auflage, München 2012 sowie *Kleine-Cosack*, BRAO, Kommentar, 6. Auflage, München 2009.

¹⁴³ Siehe BGHZ 147, 71 (74) sowie *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 17, 27; *MüKo/Schaffert*, § 4 Nr. 11, Rn. 143; *v. Jagow*, in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, Einl. I, Rn. 6; *Ohly*, in *Piper/Ohly/Sosnitzka*, § 4.11, Rn. 11/39; *Köhler/Bornkamm/Köhler*, § 4, Rn. 11.85; *Lehmle*, § 4 Nr. 11, Rn. 112; alle mit weiteren Nachweisen.

¹⁴⁴ BT-Drs. 12/4993, S. 28; hierauf verweisend *Böhmlein*, in *Feuerich/Weyland*, § 43b, Rn. 1.

¹⁴⁵ Ebenda.

aus, dass mit der Stellung des Rechtsanwalts als eines Organs der Rechtspflege gemäß § 1 BRAO im Interesse des rechtsuchenden Bürgers eine Werbung unvereinbar sei, „die ein reklamehaftes Anpreisen in den Vordergrund stellt und mit der eigentlichen Leistung des Anwalts und dem unabdingbaren Vertrauensverhältnis im Rahmen eines Mandats nichts mehr zu tun hat.“¹⁴⁶ Verboten ist dem Rechtsanwalt demnach nach herrschender Auffassung „neben solchen Werbemethoden, die Ausdruck eines rein geschäftsmäßigen, ausschließlich am Gewinn orientierten Verhaltens sind, insbesondere diejenige Werbung, die Gefahr läuft, den Rechtsuchenden in die Irre zu führen.“¹⁴⁷ Unabhängig vom zur Selbstdarstellung gewählten Medium ist so gemäß § 43b BRAO bei der Werbung des Anwalts stets darauf zu achten, dass es sich um eine sachliche und berufsbezogene Information handelt und das Verbot der Werbung um Erteilung eines Auftrages im Einzelfall nicht verletzt wird.

a) Kein Abzielen auf die Erteilung von Aufträgen im Einzelfall

Direkt verboten wird durch § 43b BRAO nur Werbung, die auf Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist. Dies ist der Fall bei Werbung um einzelne Mandate, also „unmittelbar auf die Erlangung eines Auftrages in einem konkreten Fall gerichtete Werbemaßnahmen.“¹⁴⁸ Solche liegen vor, wenn ein möglicher Mandant in einer bestimmten Angelegenheit der Beratung oder Vertretung bedarf und der Anwalt dies zum Anlass seiner Werbung nimmt.¹⁴⁹ Das Ziel des Verbots der Einzelmandatswerbung liegt so darin, „den Werbeadressaten vor belästigender, aufdringlicher oder gar überrumpelnder Werbung zu bewahren.“¹⁵⁰

Dabei ist eine rein auf bestimmte Zielgruppen ausgerichtete Werbung um potentielle Mandanten im Sinne eines „Direktmarketing“ – etwa durch die Veranstaltung von Vorträgen und Informationsveranstaltungen – durchaus zulässig.¹⁵¹ Erst wenn aufgrund eines bekannten Beratungsbedarfs eine gezielte Werbemaßnahme erfolgt und nicht nur weil lediglich ein generelles Interesse an den eigenen Leistungen vermutet wird, liegt ein Verstoß gegen das Verbot der Einzelmandatswerbung vor.¹⁵²

¹⁴⁶ BVerfG, BB 2004, S. 2262 (2263) mit Verweis auf BVerfGE 76, 196 (207); 82, 18 (26).

¹⁴⁷ BVerfG, BB 2004, S. 2262 (2263); NJW 2004, S. 2656 (2657); vgl. auch *Böhnlein*, in Feuerich/Weyland, § 43b, Rn. 1 sowie § 6 BORA, Rn. 5.

¹⁴⁸ BGH, BB 2001, S. 1274 (1276). Vgl. auch Hartung/Römermann/*v. Lewinski*, § 43b, Rn. 13, 21 ff.; Hensler/Prütting/*Prütting*, § 43b, Rn. 39; *Böhnlein*, in Feuerich/Weyland, § 43b, Rn. 31 sowie höchst ausführlich *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 178-216.

¹⁴⁹ BGHZ 147, 71 (80); hierauf verweisend Köhler/Bornkamm/*Köhler*, § 4, Rn. 11.96.

¹⁵⁰ MüKo/*Schaffert*, § 4 Nr. 11, Rn. 154 mit konkreten Fallbeispielen zur Erläuterung.

¹⁵¹ MüKo/*Schaffert*, § 4 Nr. 11, Rn. 154. Siehe dazu BGH, NJW 2001, S. 2087 ff.; *Böhnlein*, in Feuerich/Weyland, § 43b, Rn. 26; *v. Jagow*, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl I, Rn. 9.

¹⁵² MüKo/*Schaffert*, § 4 Nr. 11, Rn. 154. Siehe auch *Böhnlein*, in Feuerich/Weyland, § 43b, Rn. 31 mit konkreten Fallbeispielen zur Erläuterung.

b) Erfordernis der berufsbezogenen Unterrichtung

Die Werbung muss den weiteren Anforderungen des § 43b BRAO nach auf eine berufsbezogene Unterrichtung ausgerichtet sein und dafür in einem weit zu fassenden Zusammenhang mit dem Beruf des Anwalts stehen.¹⁵³ Sie kann erworbene Qualifikationen, Kenntnisse und Fähigkeiten hervorheben, aber auch als reine Aufmerksamkeitswerbung einen Hinweis auf die Tätigkeit als Rechtsanwalt beinhalten.¹⁵⁴ Bei einem Freiberufler ist zudem zu beachten, dass sein Ansehen durch persönliche Erfahrungen sowie sonstiges Spezialwissen außerhalb der eigentlichen Berufstätigkeit mitbestimmt wird.¹⁵⁵ Deswegen muss sich eine Werbung nicht nur auf die Mitteilung nüchterner Fakten beschränken.¹⁵⁶ Insbesondere persönliche Integrität, kulturelles, politisches oder soziales Engagement und Einsatzfreude werden als für die Werbung zulässige Kriterien angesehen, die die Qualifikation eines Anwalts mitbestimmen sollen.¹⁵⁷ Erforderlich ist nur, ob die diesbezüglichen Werbeaussagen ein „legitimes Informationsinteresse“ der Nachfrager befriedigen.¹⁵⁸ Entsprechen Form und Inhalt den beruflichen Aufgaben und enthält die Werbung im Wesentlichen berufsbezogene Aussagen, kann sie trotz ergänzender persönlicher Angaben demnach nicht als berufswidrig eingestuft werden.¹⁵⁹

c) Erfordernis der Sachlichkeit der Unterrichtung

Weiter dürfen in allen zur Werbung nutzbaren Medien Form und Inhalt der Selbstdarstellung des Anwalts nicht unsachlich sein. Die Beurteilung einer Werbung als unsachlich kommt insbesondere dann in Betracht, wenn ihr Erscheinungsbild derart im Vordergrund steht, dass ihr Inhalt ersichtlich dahinter zurücksteht.¹⁶⁰ Das Sachlichkeitsgebot ist so regelmäßig verletzt, wenn die Werbung als übertriebene oder unverhältnismäßig reklamehafte Darstellung ausgestaltet ist.¹⁶¹ Unsachlichkeit kann sich aber auch aus dem Inhalt einer Werbung ergeben.¹⁶² Dies „erfordert eine wertende Betrachtung unter Berücksichtigung des Anlasses, des Mittels, des Zwecks

¹⁵³ Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.87.

¹⁵⁴ Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.87 mit Nachweisen beispielhafter Rspr.

¹⁵⁵ MüKo/Ernst, UWG Anh. §§ 1-7 H § 43b BRAO, Rn. 2.

¹⁵⁶ So BVerfG, GRUR 2003, S. 966 (968); WRP 2005, S. 83 (87); WRP 2004, S. 164 (166); WRP 2005, S. 520 (521). Hierauf verweisend auch Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.87.

¹⁵⁷ So MüKo/Ernst, UWG Anh. §§ 1-7 H § 43b BRAO, Rn. 2; siehe dazu auch unten, S. 110.

¹⁵⁸ So BVerfG, NJW 2004, 3765 (3767); hierauf bezugnehmend Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.87.

¹⁵⁹ Siehe ebenda; ebenfalls bezugnehmend Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.87.

¹⁶⁰ BVerfG, NJW 2002, S. 2642 (2644); BGHZ 147, 71 (76); Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.89; MüKo/Ernst, UWG Anh. §§ 1-7 H § 43b BRAO, Rn. 5; MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11 UWG, Rn. 149 sowie ausführlich zum Gebot der Sachlichkeit Döbbelt, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 128-173.

¹⁶¹ Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.89; MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11 UWG, Rn. 149.

¹⁶² MüKo/Ernst, UWG Anh. §§ 1-7 H § 43b BRAO, Rn. 5.

und der Begleitumstände“ der gesamten Werbemaßnahme.¹⁶³ Bei einer solchen Bewertung des anwaltlichen Werbeverhaltens ist der Zweck der Begrenzungen in § 43b BRAO zu berücksichtigen. „Mit dem Kriterium der Sachlichkeit soll den Bedürfnissen der Rechtsuchenden nach Transparenz der Dienstleistungen Rechnung getragen werden. Damit soll der Gefahr begegnet werden, dass das rechtsuchende Publikum durch Qualitätswerbung irreführt und unrichtige Vorstellungen über die Leistungsfähigkeit eines Rechtsanwalts gewinnt.“¹⁶⁴ Für die vorzunehmende Beurteilung entscheidend ist daher nicht die – möglicherweise besonders strenge – Auffassung der den Anwaltsberuf ausübenden Personen, sondern die Sicht der mit der Werbung angesprochenen Verkehrskreise.¹⁶⁵ Somit ist das Verständnis eines durchschnittlich informierten und verständigen Adressaten maßgeblich.¹⁶⁶ Zu beachten ist dabei auch, dass der Rechtsanwalt im Vergleich zu den vorher geltenden Standesrichtlinien durch die Neufassung des § 43b BRAO bei seiner Werbung „nicht mehr auf bestimmte Anlässe, Zeiten und Orte beschränkt ist, sondern frei entscheiden kann, wie häufig er Werbemaßnahmen durchführt und wo er diese platziert.“¹⁶⁷ Ebenso ist es unschädlich, wenn die Werbung dort geschaltet wird, wo sich andere Freiberufler und auch Gewerbetreibende präsentieren.¹⁶⁸ Gleichfalls ist es unerheblich, ob eine Werbemaßnahme in der vorgenommenen Art und Weise bereits von Berufskollegen schon einmal versucht wurde.¹⁶⁹

Die Befugnis, sich in Form und Inhalt sachlich zu präsentieren, erlaubt dem Rechtsanwalt somit grundsätzlich alle für den potenziellen Mandanten relevanten Kerninformationen über seine Person, seine Tätigkeit und seine Kanzlei werblich vorzuführen.¹⁷⁰ Dabei erfordert das Sachlichkeitsgebot auch nicht, sich auf die Mitteilung nüchterner Fakten zu beschränken, so dass auch weiterführende Angaben nicht von vornherein unzulässig sind.¹⁷¹ So können beispielsweise „Informationen über die Art der beabsichtigten Zusammenarbeit zwischen dem Freiberufler und seinem Mandanten oder über die Atmosphäre, die bei der Erbringung der Dienstleistungen angestrebt wird, [...] aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise von Interesse sein.“¹⁷² Auch Angaben über die eigenen Erfolge können erfolgen, wenn sie einen Zusammenhang mit zugleich gemachten zulässigen Sachaussagen

¹⁶³ BVerfG, WRP 2000, S. 720 (721 f.); hierauf verweisend Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.89.

¹⁶⁴ Böhnlein, in Feuerich/Weyland, § 43b, Rn. 21 mit Verweis auf Prütting, in Henssler/Prütting/Eylmann, § 43b, Rn. 10.

¹⁶⁵ BVerfG, WRP 2000, S. 720 (722); hierauf verweisend MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 146.

¹⁶⁶ BVerfG, NJW 2003, S. 662 (663); hierauf verweisend Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.92.

¹⁶⁷ MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 149. Siehe auch Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 69.

¹⁶⁸ MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 149.

¹⁶⁹ MüKo/Ernst, UWG Anh. §§ 1-7 H § 43b BRAO, Rn. 6.

¹⁷⁰ Böhnlein, in Feuerich/Weyland, § 43b, Rn. 11.

¹⁷¹ BVerfG, NJW 2004, S. 3765 (3767); MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 151; Böhnlein, in Feuerich/Weyland, § 43b, Rn. 11.

¹⁷² BVerfG, NJW 2004, S. 3765 (3767); MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 151 m.w.N.

haben und der Werbung „keinen übermäßig reklamehaften Charakter“ aufdrücken.¹⁷³

Da § 43b BRAO nicht abschließend festlegt, welche Angaben im einzelnen zulässig sind, dürfen auch sonstige, über die Anwaltstätigkeit hinausgehende Informationen mit sachlicher Werbung verbunden werden, sofern „sie für die Entscheidung der Rechtsuchenden, ob dieser Rechtsanwalt gegebenenfalls beauftragt werden soll, bei vernünftiger und sachbezogener Betrachtung von Bedeutung sein können.“¹⁷⁴ Damit hat der einzelne Rechtsanwalt die Möglichkeit, weitgehend über sich und seine berufliche Tätigkeit zu unterrichten, solange er sich dabei in dem durch die oben aufgeführten Gemeinwohlbelange gezogenen Rahmen hält.¹⁷⁵ „Eine Beeinträchtigung oder zumindest eine konkrete Gefährdung der durch § 43b BRAO geschützten Gemeinwohlinteressen liegt lediglich erst dann vor, wenn eine anwaltliche Tätigkeit mit einer reißerischen Überschrift, mit einem marktschreierischen Slogan oder sonst mit Aussagen beworben wird, durch die die eigene Leistung und/oder Person in sensationeller Weise herausgestellt wird.“¹⁷⁶ Dies basiert wieder auf dem grundsätzlichen verfassungsgerichtlichen Ansatz, dass eine Werbung nicht zu einer Beeinträchtigung des Vertrauens der Bevölkerung dahingehend führen darf, der Rechtsanwalt werde aus Gewinnstreben zu Prozessen raten oder die seine Beratung an Gebühreninteressen ausrichten.¹⁷⁷

Die Gesamtschau der hier aufgezeigten Werbemöglichkeiten des Rechtsanwalts zeigt, dass sich hinter dem Verbot der unsachlichen Werbung im Ergebnis ein grundsätzliches Verbot der irreführenden sowie der aufdringlichen oder belästigenden Werbung verbirgt.¹⁷⁸

2. Anwaltswerbung in den Medien

Basierend auf dem Apothekenwerbeurteil gilt auch nach ganz herrschender Meinung in Literatur¹⁷⁹ und Rechtsprechung¹⁸⁰ für Rechtsanwälte, dass mit dem in

¹⁷³ So MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 151 m.w.N. Siehe zur Problematik der pauschalen Werturteile Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.93.

¹⁷⁴ BGHZ 147, 71 (76); hierauf verweisend Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.89.

¹⁷⁵ BVerfG, WRP 2000, S. 720 (721); hierauf verweisend Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.89.

¹⁷⁶ So MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 153 mit entsprechenden beispielhaften Rspr.-Nachweisen.

¹⁷⁷ BVerfG, WRP 2008, S. 492 (494); hierauf verweisend auch Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.89.

¹⁷⁸ Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 60; ausführliche Beispiele aktueller irreführender Werbung finden sich bei Böhnlein, in Feuerich/Weyland, § 43b, Rn. 29 ff.; weitere Beispiele medienübergreifend sachlicher/unsachlicher Werbung finden sich bei Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.90 f.; MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 150 ff.

¹⁷⁹ Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 63; Jänich, in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 67, Rn. 42; Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.88; MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 147 m.w.N.; Böhnlein, in Feuerich/Weyland, § 6 BORA, Rn. 12, § 43b, Rn. 20, 24; Bardenz, MDR 2000, S. 1409 (1409).

¹⁸⁰ Siehe beispielhaft BVerfG, NJW 2004, S. 2656 (2658); BB 2004, S. 2262 (2263); BGH, GRUR 2002, S. 902 (905).

§ 43b BRAO enthaltenen Verbot unsachlicher Werbung kein grundsätzliches Verbot der Verwendung bestimmter Werbemedien verbunden ist. Die Rechtsanwälte haben somit die freie Wahl des Werbeträgers, ihnen stehen alle zur Information über ihre Dienstleistungen geeigneten Medien zur Verfügung. Begründet wird diese freie Medienwahl damit, dass nicht ersichtlich sei, inwiefern eine Werbemaßnahme schon durch die bloße Verwendung eines bestimmten Werbeträgers bzw. -mediums die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege solle beeinträchtigen können.¹⁸¹ Wie oben bereits festgestellt, fehlen aus Sicht des BVerfG Gründe, warum bestimmte Werbemittel generell als unsachlich, übertrieben oder marktschreierisch zu gelten hätten: „Aus dem Werbeträger unmittelbar auf eine Gefährdung oder mittelbar auf einen Schwund des Vertrauens der Öffentlichkeit in die berufliche Integrität [...] zu schließen, ist schwerlich möglich, solange sich die Werbemittel im Rahmen des Üblichen bewegen.“¹⁸² Nur übertriebene und marktschreierische Werbung, die auf eine Vernachlässigung der freiberuflichen Pflichten hindeuten könnte, solle vermieden werden.¹⁸³

Dabei gilt ebenso für die Rechtsanwälte, dass es zeitbedingten Veränderungen unterliegt, welche konkrete Ausgestaltung der Werbung in einzelnen Medien als sachlich oder übertrieben bewertet wird.¹⁸⁴ Auch hier lässt sich die Unzulässigkeit des gewählten Werbemediums insbesondere nicht schon damit begründen, dass sein Einsatz bei der Anwaltswerbung bislang nicht üblich gewesen ist.¹⁸⁵ Natürlich dürfen keine Formen der Werbung gewählt werden, die wettbewerbsrechtlich generell unzulässig sind. Dazu gehören aufgrund von § 7 Abs. 2 UWG insbesondere die E-Mail-, Telefax- oder Telefonwerbung ohne entsprechende Einwilligung des Verbrauchers.¹⁸⁶ Damit unterliegt der Rechtsanwalt bei der Wahl der Form der Werbung aber grundsätzlich nur denen auch für andere Gewerbetreibende geltenden Beschränkungen, aber keinen darüber hinausgehenden.

Im folgenden soll ausgehend hiervon geprüft werden, ob diese grundlegenden Vorgaben von der Rechtsprechung auch in medienbezogenen Einzelfallurteilen entsprechend angewendet wurden oder ob dort noch unterschiedliche Anforderungen an die Sachlichkeit der anwaltlichen Werbung gestellt werden.

¹⁸¹ Siehe nur BVerfG, NJW 2004, S. 2656; *Böbnlein*, in Feuerich/Weyland, § 6 BORA, Rn. 12. – Anders noch der BGH in seinem Urteil v. 19.02.1990 (AnwSt (R) 11/89, NJW 1990, S. 1739 (1739 f.)). In dieser früheren Entscheidung sollten sich Schranken erlaubter Werbung ergeben „auch hinsichtlich der Art der eingesetzten Werbemittel, insbesondere solcher, deren Einsatz für die gewerbliche Wirtschaft typisch ist (wie etwa Zeitsungsinserate, Rundfunk- oder Fernsehwerbung, Verwendung von Markenzeichen).“

¹⁸² BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1094).

¹⁸³ BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1094). Siehe hierzu ausführlich oben, S. 27 ff.

¹⁸⁴ So zustimmend zu BVerfG, WRP 1996, S. 1087 (1094) *Böbnlein*, in Feuerich/Weyland, § 43b, Rn. 2, 22 sowie *Müller-Thele/Schlegel*, MDR 2006, S. 65 (67).

¹⁸⁵ BVerfG, NJW 1996, S. 3067 (3070); NJW 1997, S. 2510 (2511); Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.88; MüKo/*Schaffert*, § 4 Nr. 11, Rn. 147.

¹⁸⁶ Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.88.

a) Printmedien

Solange das Sachlichkeitsgebot des § 43b BRAO nicht verletzt wird, ist Werbung mittels Printmedien für den Rechtsanwalt unproblematisch möglich und wird auch von der Rechtsprechung als Hauptwerbemittel in der Praxis anerkannt.¹⁸⁷ Rechtsanwälte dürfen neben den in § 6 Abs. 2 BORA aufgeführten Praxisbroschüren und Rundschreiben in Tages- und Wochenzeitungen und dortigen Stellenanzeigen¹⁸⁸ sowie mit Postwurfsendungen werben sowie indirekt auch dadurch, dass sie sich in spezialisierte Branchenverzeichnisse eintragen.¹⁸⁹ Dabei darf nicht nur mit Werbetexten, sondern auch mit einem selbst formulierten Artikel bspw. zu aktuellen Rechtsthemen geworben werden.¹⁹⁰ Die Verwendung von Logos, markanten Schriftzügen und ähnlichen grafischen Gestaltungselementen mit Wiedererkennungswert ist ebenfalls zulässig.¹⁹¹ Eine speziell auf die Printmedien zielende Einschränkung der anwaltlichen Werbemöglichkeiten ist nicht ersichtlich; ihre Zulässigkeit orientiert sich rein am generell zu beachtenden Sachlichkeitsgebot.

Die Kommentarliteratur vertritt dagegen vereinzelt noch die Auffassung, dass allein die Größe einer Anzeige im Einzelfall tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung suggerieren könne und somit zu einer unsachlichen Selbstanpreisung führe.¹⁹² Ähnlich ist die Rechtsprechung noch uneinheitlich: Das OLG Frankfurt¹⁹³ sah eine Anzeige auf der ersten Seite des Lokalteils einer Zeitung als nicht erlaubt an, das OLG Hamm¹⁹⁴ hielt eine solche aber auf dem Titel eines Telefonbuchs für zulässig. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf¹⁹⁵ liege in der Größe eines Inserats kein Verstoß gegen § 43b BRAO: Es hielt eine ganzseitige anwaltliche Zeitungsanzeige für zulässig, wobei richtigerweise als Bewertungskriterien die farbliche Gestaltung, der Umfang des Textes und die engzeilige Druckweise herangezogen wurden.

¹⁸⁷ *Böhnlein*, in Feuerich/Weyland, § 6 BORA, Rn. 12; Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.88; MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 148; alle mit ausführlichen Rspr.-Nachweisen.

¹⁸⁸ Auch bloße Stellenanzeigen sind Werbung, denn sie suggerieren Wachstum und Prosperität der inserierenden Kanzlei, siehe MüKo/Ernst, UWG Anh. §§ 1-7 H § 43b BRAO, Rn. 33.

¹⁸⁹ MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11 UWG, Rn. 148; Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 64 f.; beide m.w.N. d. entspr. Rspr.

¹⁹⁰ Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 64.

¹⁹¹ Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 66; MüKo/Ernst, Anh. §§ 1-7 H UWG, Rn. 14; MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11 UWG, Rn. 148.

¹⁹² So MüKo/Ernst, UWG Anh. §§ 1-7 H, § 43b BRAO, Rn. 31, nach dem lediglich das Format 13,4x18 cm zulässig sei (unter Berufung auf ein für Steuerberater ergangenes Urteil des BGH in NJW 2000, S. 3000), nicht dagegen aber eine ganzseitige Anzeige.

¹⁹³ Urt. v. 25.01.1996, NJW 1996, S. 1065 (1067) mit der Begründung, dass der redaktionelle Teil einer Zeitung für Anwaltswerbung absolut unüblich sei und der neu eingeführte § 43b BRAO an der diesbezüglichen bisherigen Rechtsprechung zur Anwaltswerbung, auch an der des BVerfG, nichts Wesentliches ändern werde.

¹⁹⁴ Urt. v. 11.02.2003, NJW-RR 2003, S. 997 mit der Begründung, das nüchterne Erscheinungsbild und die Größe der Anzeige seien für sich nicht ungewöhnlich oder unangemessen. An diesem Eindruck ändere sich auch nichts, weil die Titelseite eines Telefonbuchs als Werbeträger insofern untypisch sei.

¹⁹⁵ Urt. v. 20.02.2000, NJW-RR 2001, S. 922 (926).

Schließlich muss angesichts der verfassungsgerichtlich festgestellten Freiheit der Formwahl sowohl Größe als auch Platzierung der freiberuflichen Werbung werberechtlich grundsätzlich irrelevant sein.¹⁹⁶ Die Unzulässigkeit einer Werbung kann sich nicht ausschließlich daraus ergeben, dass die Anzeige eventuell diesbezüglich gewohnte und dadurch übliche Verhältnisse überschreitet; als unzulässig angesehene Übertreibungen können berufsrechtlich nicht über § 43b BRAO, sondern – sofern die Werbung zu einer unlauteren Irreführung über die beruflichen Verhältnisse des werbenden Anwalts führt – nur über § 5 UWG verhindert werden.¹⁹⁷

b) Hörfunk

Ebenso ist den Rechtsanwälten in den Grenzen des Sachlichkeitsgebots des § 43b BRAO auch Hörfunkwerbung uneingeschränkt erlaubt.¹⁹⁸ Zwar beanstandete das OLG München¹⁹⁹ unter Zustimmung von Teilen der Literatur²⁰⁰ die Radiowerbung eines auf Verkehrsrecht spezialisierten Rechtsanwalts, dessen Werbung neben der knappen Schilderung von Rechtsfällen mit einer Musikeinspielung und einem Crash-Geräusch unterlegt war. Zur Begründung dessen wurde angeführt, dass Hörfunkwerbung mangels Bildeffekten in der Regel besonders aufdringlich und unsachlich gestaltet sei und so diese Werbeform für Anwälte höchst ungeeignet erscheinen lasse. Die Verwendung von „Problemfallgeräuschen“, aber auch die Musikuntermalung seien unsachlich und unzulässige Merkmale reklamehafter Anpreisung, da diese dem Hörer aus Werbemaßnahmen der gewerblichen Wirtschaft vertraut seien.²⁰¹ Als ausreichend erachtet wurde lediglich eine kurze und prägnante, gleichwohl aber unaufdringliche verbale Beschreibung der beruflichen Tätigkeit des Anwalts.²⁰² Diese Ansicht missachtet jedoch undifferenziert, dass Werbung nur unter Beachtung des verwendeten Mediums beurteilt werden kann und führt in der Konsequenz dazu, dass dem Anwalt sämtliche für das Radio möglichen Mittel der Aufmerksamkeitswerbung abgeschnitten würden.²⁰³ Wie bei allen Medien anerkannt, darf auch bei einer Radiowerbung dem Rechtsanwalt eine entsprechende mediale

¹⁹⁶ Ähnlich *Kleine-Cosack*, BRAO, § 43b, Rn. 10.

¹⁹⁷ So MüKo/*Schaffert*, § 4 Nr. 11, Rn. 149; siehe auch *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 69 und sinngemäß schon das BVerfG in der Apothekenwerbeentscheidung, WRP 1996, S. 1087 (1095).

¹⁹⁸ *Böhnlein*, in *Feuerich/Weyland*, § 6 BORA, Rn. 12; *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 64 m.w.N. d. Lit.; *Köhler/Bornkamm/Köhler*, § 4, Rn. 11.88; MüKo/*Schaffert*, § 4 Nr. 11, Rn. 148; MüKo/*Ernst*, UWG Anh. §§ 1-7 H § 43b BRAO, Rn. 34; a.A. früher ohne nähere Begründung *Bardenz*, MDR 2000, S. 1409 (1412).

¹⁹⁹ Urt. v. 23.04.1998 – 29 W 1015/98, AnwBl 1998, S. 478.

²⁰⁰ *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 64; *Henssler/Prütting/Eylmann*, BRAO-Kommentar, 2. Aufl., München 2004, § 43b, Rn. 58; *Hirte*, ZZP 116, S. 135 (151).

²⁰¹ OLG München, AnwBl 1998, S. 478 (478).

²⁰² Ebenda.

²⁰³ Kritisch *Hartung/Römermann/v. Levinski*, § 6 BerufsO, Rn. 89; *Huff*, in *Gaier/Wolf/Göcken*, § 43b BRAO, Rn. 14.

Aufbereitung nicht verboten sein.²⁰⁴ Erst wenn sie akustisch hervorgehobene Momente enthält und durch diese die Aufmerksamkeit des Zuhörers erregt, entspricht die Werbung in ihrer Form dem Medium Hörfunk.²⁰⁵

Um eine solche medienkonforme Nutzung zu ermöglichen, muss eine zurückhaltende akustische Untermalung einer Radiowerbung mit Musik, die sich in Rhythmus und Lautstärke von üblicher Musikuntermalung bei Hörfunkwerbungen nicht abhebt, noch als zulässig angesehen werden.²⁰⁶ Nicht mehr sachlich sind – darin ist der restriktiveren Auffassung zuzustimmen – rein auf den Effekt abzielende Crash-Geräusche oder ähnliche, die Aufmerksamkeit erregende Einspielungen. Gerade die besondere Eignung der Radiowerbung für emotional und suggestiv bzw. sogar erheblich aufdringlich wirkende Botschaften erfordert eine besondere Sorgfalt bei der Wahl der zulässigen Werbeelemente, mit denen die Aufmerksamkeit des Hörers noch auf die eigentliche Werbeaussage gelenkt werden darf. Folglich sind verallgemeinerungsfähige Beurteilungen kaum möglich, vielmehr müssen die Anforderungen an das Sachlichkeitsgebot für das Medium Radio für jeden Einzelfall speziell definiert werden. Ein grundsätzliches Verbot ist aber nicht zulässig.

c) Fernsehen und Kino

Gleiches gilt auch für die Fernseh- und Kinowerbung, welche in konsequenter Fortführung des Apothekenwerbeurteils den Anwälten auch grundsätzlich erlaubt ist. Zwar sollte eine ursprüngliche Entwurfsfassung des § 6 Abs. 3 BORA a.F. bezahlte Werbung in den elektronischen Medien untersagen,²⁰⁷ jedoch fand dies nicht die Mehrheit der Stimmen in der normgebenden Satzungsversammlung.²⁰⁸ Werbespots von Rechtsanwälten im Fernsehen und Kino sind demnach nach herrschender Meinung²⁰⁹ zulässig, solange sie entsprechend der geltenden Grundsätze des § 43b BRAO sachliche Informationen übermitteln.

Anderer Auffassung ist einzig *Bardenski*²¹⁰ mit dem Argument, dass die im Fernsehen auftretende Wechselwirkung mit den Werbespots der Gewerbetreibenden sogar betont sachlich aufgemachte Werbung eines Rechtsanwalts reklamehaft wirken

²⁰⁴ Siehe diesbezüglich oben, S. 34.

²⁰⁵ Hartung/Römermann/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Auflage, München 2008, § 6 BerufsO, Rn. 120.

²⁰⁶ Ebenso *Böhllein*, in Feuerich/Weyland, § 43b, Rn. 24; Hartung/Römermann/v. *Levinski*, § 6 BerufsO, Rn. 89; *Kleine-Cosack*, Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 278; wohl auch *Huff*, MDR 1999, S. 464 (467) sowie die Vorinstanz LG München I, Beschl. v. 12.02.1998 – 4 HKO 2438/98, NJ 1998, S. 279.

²⁰⁷ Siehe den Entwurf der Satzungsversammlung bei *Eylmann*, AnwBl 1996, S. 481 (482).

²⁰⁸ So Hartung/Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Auflage, München 2008, § 6 BerufsO, Rn. 26 f.

²⁰⁹ *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 64; v. *Jakon*, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl. I, Rn. 8; *Köhler/Bornkamm/Köhler*, § 4, Rn. 11.88; *Koch*, in FS Erdmann, S. 613 (619 f.); *MüKo/Ernst*, Anh. §§ 1-7 H UWG, Rn. 34; OLG Hamm, NJW-RR 2003, S. 997 (999).

²¹⁰ Erst ohne nähere Begründung in MDR 2000, S. 1409 (1412); später dann begründet in MDR 2001, S. 247 (250) unter Bezugnahme auf OLG Dresden, NJW-RR 1998, S. 1334 (1334) zur eigentlich

lasse. Dass diese Argumentation aber nicht greift, ergibt sich bereits aus einem Vergleich mit der Printwerbung. Auch dort ist es dem Anwalt unbenommen, seine Werbung neben gewerblichen und regelmäßig reklamehaften Annoncen zu schalten. Entsprechend der im Apothekenwerbeurteil manifestierten Ansicht des BVerfG gilt auch für die Fernsehwerbung, dass die Unüblichkeit der Werbeform ihre Unzulässigkeit nicht zu begründen vermag. Ebenso muss die dem Medium entsprechende Ausgestaltung zulässig sein – und dies ist im Fernsehen eben die Ausstrahlung der Spots in einem Werbeblock mit herkömmlicher gewerblicher Werbung. Hier eine strikte Trennung freiberuflicher Werbung von gewerblicher Werbung durchzusetzen, ginge also – genau wie bei Print- und Radiowerbung – zu weit und entbehrt jeglicher verfassungsrechtlichen Grundlage.

In diesem Zusammenhang ist es bedauerlich, dass bisher keine weiterführenden Entscheidungen über Anwaltswerbung im Fernsehen ergangen sind. Dieses ist wohl damit zu begründen, dass Fernsehwerbung für den Großteil der mittelständischen Anwaltskanzleien nicht in Frage kommt, da diese überregional ausgestrahlt wird und somit nicht effektiv die im Mandatsbereich ansässigen möglichen Mandanten erreicht. Werbung in diesem Medium käme somit – auch aus finanziellen Aspekten – höchstens für Großkanzleien mit Firmensitzen in mehreren Städten in Betracht; aber selbst diese haben kein Interesse daran, den „herkömmlichen“ Fernsehkonsumenten mit Werbung zu erreichen, da ihre Mandate aus der Wirtschaft kommen und zudem einen hochspezialisierten Bereich abdecken. Für Fernsehwerbung – anders als für Radio- und Kinowerbung, bei der über regionale Sender oder in ausgesuchten Kinos ein ausgewähltes Zielpublikum erreicht werden kann – gibt es somit praktisch mangels tauglicher Adressaten kaum Nutzen für Anwälte. Ohne gerichtliche Spruchpraxis gibt es folglich in diesem Bereich keinen gefestigten Sachlichkeitsbegriff, der die zulässige Ausgestaltung der anwaltlichen Fernsehwerbung im einzelnen näher definiert.

d) Internet

Ebenfalls grundsätzlich gestattet ist den Rechtsanwälten Werbung im Internet, solange die Umstände des Einzelfalles nicht eine andere Wertung auf Basis der Kriterien des § 43b BRAO erforderlich machen.²¹¹ Dabei ist wie bei der Werbung in den Printmedien sowie im Fernsehen und Radio bei der Beurteilung des Internetauftritts zwischen äußerer und inhaltlicher Gestaltung der Werbung zu differenzieren. Bei der Sachlichkeit dem Inhalt nach sind bei der Internetwerbung keine medienspezifischen Besonderheiten gegeben,²¹² vielmehr gelten die allgemeinen oben dargestellten Grundsätze.

nicht vergleichbaren, da auf anderen Normen basierenden Unzulässigkeit von Fernsehwerbung eines Lohnsteuerhilfvereins in einem lokalen Fernsehsender.

²¹¹ BVerfG, NJW 2001, S. 3324; WRP 1996, S. 1087 (1096); *Böhnlein*, in Feuerich/Weyland, § 6 BORA, Rn. 27; Fezer/Becker-Eberhard, § 4 S-3, Rn. 64 m.w.N.; MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 148.

²¹² Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 100.

Aber auch hinsichtlich der formalen äußerlichen Gestaltung ist mittlerweile einzig die Grenze der Sachlichkeit und Irreführung im konkreten Einzelfall maßgeblich.²¹³ Insbesondere Kanzleiwebseiten sind in ihrer Gestaltung grundsätzlich wie Praxisbroschüren anzusehen und damit unter den gleichen Voraussetzungen erlaubt.²¹⁴ So enthält eine zulässige Kanzlei-Homepage in ihrer bisherigen herkömmlichen Ausgestaltung neben den beteiligten Anwälten und wichtigen persönlichen Daten sowie Arbeitsschwerpunkten zumeist sachliche Informationen über die Kanzlei, deren Adresse und Kontaktmöglichkeiten. Als unbedenklich angesehen werden ferner Abbildungen, wie z.B. Fotos der Anwälte und der Räumlichkeiten, Lagepläne und Anfahrtsskizzen.²¹⁵ Als zulässig angesehen wird zudem eine weitergehende Präsentation der Kanzlei unter Verwendung von Grafiken, Farbe und bewegten Animationen.²¹⁶ Mit dem Argument, dass es von der freien Entscheidung des Internetnutzers abhängt, ob er eine Homepage besucht, was regelmäßig den vorherigen aktiven Aufruf der Seite erfordere, wird eine aufdringliche, belästigende und damit unsachliche Werbung erst später als vergleichsweise in den Printmedien angenommen.²¹⁷ Auf die hieraus folgenden Gestaltungs- und Werbeformen freiberuflicher Homepages im Internet soll aber nicht an dieser Stelle, sondern berufsübergreifend unten näher eingegangen werden.²¹⁸

3. Ergebnis

Hinsichtlich der Frage, inwieweit das Sachlichkeitsgebot und damit in der Konsequenz Werbebeschränkungen für Rechtsanwälte medienpezifisch klassifiziert werden, hat sich gezeigt, dass in der Praxis in Folge der liberalisierten höchstrichterlichen BVerfG-Rechtsprechung die medienbedingte Form der Werbung nicht vor entscheidend behandelt oder für eine indizielle Unzulässigkeit herangezogen wird.²¹⁹ Ein Anwalt kann deswegen, solange die Werbung inhaltlich allen Anforderungen des Berufsrechts genügt, grundsätzlich – auch wenn in der Praxis (derzeit) noch nicht oft vorkommend – neben der Printwerbung alle in der gewerblichen

²¹³ So *Saenger/Rißke*, WRP 2005, S. 1468 (1471); *Schulte/Schulte*, MDR 2002, S. 585 (588); *Härtling/Steinbrecher*, AnwBl 2005, S. 10 (15).

²¹⁴ *V. Jagow*, in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, Einl I, Rn. 8.

²¹⁵ Siehe diesbezüglich ausführlich *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 60 ff.

²¹⁶ *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 60; *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4 S-3, Rn. 101; *Schneider*, MDR 2000, S. 133 (135).

²¹⁷ OLG München, NJW 2002, S. 760; LG Hamburg, Stbg 2003, S. 585; siehe auch *Kleine-Cosack*, BRAO, § 43b, Rn. 37 m.w.N.

²¹⁸ Auf alle möglichen Werbeformen für Rechtsanwälte im Internet im Detail einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit übersteigen; hinzuweisen ist insofern auf die ausführlichen Darstellungen bei *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 27-193; *Böhnlein*, in *Feuerich/Weyland*, § 6 BORA, Rn. 27 ff.; *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, 103 ff.; *MüKo/Ernst*, UWG Anh. §§ 1-7 H § 43b BRAO, Rn. 35-45; *MüKo/Wiebe*, UWG Anh. §§ 1-7 A, Rn. 24-38.

²¹⁹ So auch BGH, NJW 2002, S. 2642 (2644); NJW 1997, S. 2522 (2523) sowie *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 63 mit weiterführenden Verweisen in Fn. 230.

Wirtschaft allgemein üblichen Werbeformen des Hörfunks, des Fernsehens sowie die des Kinos und Internets nutzen.

II. Weitere steuer- und rechtsberatende Berufe

Als nächstes ist zu prüfen, ob die Regelungen für Steuerberater (§ 57a StBerG), Wirtschaftsprüfer (§ 52 WPO) sowie Notare (§ 29 Abs. 1 BNotO) in ihrem grundsätzlichen Regelungsgehalt weitgehend identisch mit § 43b BRAO sind, vor allem ob auch für diese Berufe die beruflichen Werbefreiheiten in den Medien einzig unter dem Gesichtspunkt der Sachlichkeit und Angemessenheit beurteilt werden oder ob hier abweichend von den vom BVerfG aufgestellten Grundsätzen noch medien-spezifische Beschränkungen vorhanden sind.

1. Steuerberater

Wie die Rechtsanwälte unterliegen die Steuerberater ebenfalls genauer definierten Werberegungen, die einem durch unangemessene Werbemaßnahmen hervorgerufenen Vertrauensverlust in der Bevölkerung vorbeugen sollen. Als unabhängige Organe der Steuerrechtspflege soll auch bei ihnen die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung Vorrang vor den wirtschaftlichen Aspekten ihrer Berufstätigkeit haben und geprägt sein durch „die unabhängige und unparteiliche Erfüllung der den steuerberatenden Berufen übertragenen Aufgabe, eine umfassende Hilfeleistung in Steuer-sachen zu gewährleisten.“²²⁰

Das früher in §§ 8 Abs. 1, 57 StBerG a.F. enthaltene generelle Werbeverbot wurde mit dem 6. Gesetz zur Änderung des StBerG v. 24. Juni 1994²²¹ aufgehoben. Die aktuell geltenden Regelungen wurden niedergelegt in den §§ 8, 43 Abs. 2, 57 Abs. 1, 72 Abs. 1 StBerG, werden aber konkretisiert in § 57a StBerG. Demnach ist dem Steuerberater Werbung erlaubt, „soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrages im Einzelfall gerichtet ist“. Damit gilt auch für diese Berufsgruppe, dass nicht jede, sondern nur eine berufswidrige Werbung untersagt wird, vgl. auch § 57 Abs. 1 StBerG.

a) Grundsätzliche Anforderungen an die Steuerberaterwerbung gemäß § 57a StBerG

Da § 57a StBerG mit § 43b BRAO nahezu wörtlich übereinstimmt und in ähnlicher Form ein Sachlichkeitsgebot normiert und Direktmandatswerbung untersagt, wird die Zulässigkeit der Steuerberaterwerbung korrekterweise anhand der von der Rechtsanwaltswerbung bekannten drei Schranken der Berufsbezogenheit der Information, der Sachlichkeit der Werbung nach Form und Inhalt sowie des Verbots der

²²⁰ So BGH, NJW 1996, S. 1833 (1834); siehe auch Fezer/Götting, § 4-11, Rn. 117 m.w.N.; v. Jagow, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl I, Rn. 16.

²²¹ BGBl. I, S. 1387. Siehe hierzu bereits oben, S. 25.

Einzelmandatswerbung bestimmt.²²² Folglich kann hier vollumfänglich hinsichtlich des Inhalts der erlaubten Werbung auf die zur Rechtsanwaltswerbung ergangene Rechtsprechung²²³ sowie auf die entsprechende Literaturkommentierung verwiesen werden.²²⁴

Auch bei den Steuerberatern reglementiert die aufgrund der Satzungsermächtigung in § 86 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3, 4 Nr. 3 StBerG ergangene Berufsordnung der Bundessteuerberaterkammer²²⁵ (BOSTB) den den Berufsangehörigen für Werbung zustehenden Freiraum zusätzlich. Diese wurde in ihrer zum Jahresbeginn 2011 neu gefassten Form erheblich gekürzt und grundlegend überarbeitet. Insbesondere wurden die elf Paragraphen der Vorgängerversion gestrichen, die noch gezielte Regelungen für einzelne Werbeträger wie Anzeigen, Praxisbroschüren, Branchenverzeichnisse und elektronische Medien enthielten. Nunmehr wird die Werbung der Steuerberater nur noch in einer einzigen zentralen Vorschrift reglementiert. Gem. § 9 Abs. 1 S. 1 BOSTB haben Steuerberater – entsprechend der Vorgabe in § 57 Abs. 1 StBerG – „ihren Beruf unter Verzicht auf berufswidrige Werbung auszuüben.“ Dies wird in S. 2 dahingehend konkretisiert, dass berufswidrige Werbung insbesondere bei wettbewerbswideriger Werbung vorliegt. Durch die so gewählte Formulierung wird die steuerberaterliche Werbung inhaltlich durch die lauterkeitsrechtlichen Kriterien des UWG begrenzt, ohne dass dabei bezüglich der Form zwischen den einzelnen Kommunikations- und Werbemedien mehr unterschieden wird.²²⁶

b) Steuerberaterwerbung in den Medien

Für die Werbung der Steuerberater gilt damit ebenfalls der Grundsatz, dass nicht allein das gewählte Medium zur Unzulässigkeit einer Werbung führen kann.²²⁷ Auch für diese Berufsgruppe kommen somit grundsätzlich die bekannten Werbeträger

²²² Ausführlich zu diesen drei Kriterien speziell für Steuerberater: *Kluth/Goltz/Kujath*, Zukunft der freien Berufe, S. 67-78.

²²³ So auch der BGH, NJW 1998, S. 1965 ff. berufsübergreifend bezüglich einer Werbung eines Steuerberaters und Rechtsanwalts für einen Steuerinformationsabend; siehe auch BGH, GRUR 1999, S. 748 ff. zur Steuerberaterwerbung auf Fachmessen sowie BGH, WRP 2010, S. 518 (520 f.) zur steuerberaterlichen Aufmerksamkeitswerbung in Werbeschreiben.

²²⁴ Siehe hierzu oben, S. 36 ff. – Siehe auch *Gebre/Koslowski*, § 57a, Rn. 13 ff.; desweiteren Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.104; MüKo/Schaffert, UWG § 4 Nr. 11, Rn. 159 mit weiteren Ausführungen im Einzelnen, aber ohne medienpezifischen Bezug.

²²⁵ Satzung über die Rechte und Pflichten bei der Ausübung der Berufe der Steuerberater und der Steuerbevollmächtigten (Berufsordnung) vom 02.06.1997, zuletzt geändert durch Beschluss der Satzungsversammlung v. 08.09.2010.

²²⁶ *Riedlinger*, DStR 2010, S. 2658 (2658); *Ruppert*, DStR 2011, S. 138 (141). – Bereits mit der Vorgängerversion der BOSTB von 2004 wurde die frühere Regelung des § 23 der BOSTB von 1998 gestrichen, nach der veranlasste und bezahlte Werbung in Presse, Rundfunk, Fernsehen und sonstigen Medien unzulässig war.

²²⁷ *Gebre/Koslowski*, § 57a, Rn. 23.

wie Presseerzeugnisse, Radio, Fernsehen und Internet in Betracht.²²⁸ Speziell für die Steuerberaterwerbung hat das BVerfG zudem unter Verweis auf das Apothekenwerbeurteil entschieden, dass allein aus dem Umstand, dass eine Berufsgruppe ihre Werbung anders als bisher üblich gestaltet, nicht gefolgert werden könne, dass dies berufswidrig sei. Erneut hat es hier die Feststellung getroffen: „Welche Werbeformen als sachlich oder als übertrieben bewertet werden, unterliegt zeitbedingten Veränderungen.“²²⁹

Natürlich müssen die werblichen Aussagen der Steuerberater in den Medien entsprechend der Vorgaben des § 9 BOSTB dabei sowohl inhaltlich zulässig, d.h. nicht wettbewerbswidrig sein als sich auch in der formellen Gestaltung in einem entsprechenden Rahmen bewegen. Mit Blick auf die Form der Werbung verlangt das in § 57a StBerG enthaltene Sachlichkeitsgebot insofern, dass die konkrete Gestaltung einer Werbung nicht dem berufsbezogenen Informationszweck widerspricht²³⁰ – dies gilt aber auch hier ebenso wie bei der Rechtsanwaltswerbung medienunabhängig. Werbung durch Steuerberater kann somit nur untersagt werden, wenn die Ausgestaltung in der jeweiligen Form oder der Inhalt – nicht aber das Werbemedium an sich – Rechte Dritter bzw. schützenswerte Belange des Allgemeinwohls beeinträchtigen. Das wird angenommen, wenn sich die jeweilige Werbemaßnahme im Einzelfall als aufdringlich bzw. belästigend, mithin als unsachlich erweist oder wenn die äußere Form einer Werbemaßnahme stark im Vordergrund steht und ihr Inhalt weit dahinter zurückbleibt.²³¹ Auch eine „suggestive, belästigende oder plump aufdringliche Werbung, die in Form eines marktschreierischen Werbestils präsentiert wird“, wird so ebenfalls als unzulässig angesehen.²³²

Zu prüfen ist im folgenden, ob diese Grundsätze wirklich medienunabhängig Geltung finden oder ob bei der Steuerberaterwerbung noch medienspezifische Restriktionen in der Einzelfallanwendung zu finden sind.

aa) Printmedien

Mit seinem Sachlichkeitsgebot ist der Wortlaut von § 57a StBerG an die Anforderungen des § 43b BRAO angelegt, so dass bei den Printmedien die gleichen Grundsätze wie bei der Anwaltswerbung gelten. Auch Steuerberater dürfen dementspre-

²²⁸ *Gilgan*, in Mittelsteiner/Gilgan/Späth, § 10, Rn. 6. Vgl. zur sachlichen Form von steuerberaterlichen Medienwerbung insgesamt *Kluth/Goltz/Kujath*, Zukunft der freien Berufe, S. 71 f.

²²⁹ BVerfG, WRP 2005, S. 83 (87).

²³⁰ *Gebre/Koslowski*, § 57a, Rn. 22.

²³¹ *Gebre/Koslowski*, § 57a, Rn. 23 bezugnehmend auf die zur Anwaltswerbung ergangene Entscheidung des BGH in NJW 2002, S. 2642 (2644).

²³² So *Gebre/Koslowski*, § 57a, Rn. 23 mit Verweis auf Kommentierungen zur BRAO.

chend mit Anzeigenwerbung ohne konkreten Anlass und ohne Größenbeschränkung werben.²³³ Ferner können Anzeigen sowohl im Anzeigenteil als auch im redaktionellen Teil einer Zeitung erscheinen.²³⁴ Auch die Häufigkeit²³⁵ einer Annonce oder ihre Auffälligkeit, beispielsweise durch graphische Gestaltung und durch Slogans, ist grundsätzlich irrelevant.²³⁶ Um die Berufswidrigkeit einer Zeitungsanzeige zu bejahen, bedarf es deswegen erst eines Verstoßes gegen die oben aufgeführten allgemeingültigen Kriterien.²³⁷

bb) Hörfunk, Fernsehen und Kino

Wie oben bereits einleitend festgestellt, ist für die Steuerberater auch Werbung in Hörfunk und Fernsehen grundsätzlich zulässig.

Dementsprechend hat das OLG Dresden²³⁸ in der einzigen diesbezüglich einschlägigen Entscheidung eine auf einem regionalen Fernsehsender ca. 15 Sekunden lang ausgestrahlte werbliche Texteinblendung eines Steuerberaters für zulässig erachtet. Interessanterweise hat das Gericht dabei offengelassen, ob es auch vergleichbare Werbehinweise in überregionalen Fernsehsendern als erlaubt ansieht. Die Literatur ist diesbezüglich unstimmtig. *Gilgan* stellt einleitend fest, dass grundsätzlich auch Funk und Fernsehen als Trägermedium für Steuerberaterwerbung in Frage kämen,²³⁹ führt später aber aus, dass es sich mit dem Ansehen der Angehörigen eines freien Berufes generell nicht vertrage, Werbespots im Radio oder Fernsehen zu veröffentlichen.²⁴⁰ Auch *Späth*²⁴¹ verneint die Zulässigkeit der Ausstrahlung von Werbehinweisen in Fernsehsendern, die im gesamten Bundesgebiet empfangen werden können. Aus seiner Sicht könne man schlecht davon ausgehen, dass z.B. ein

²³³ *Gebre/Koslowski*, § 57a, Rn. 24; *v. Jagow*, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl I, Rn. 16 – So auch der BGH in BB 2000, S. 1428 zu einer 13,4x18cm großen Zeitungsanzeige. Allein aus der Größe eines Inserates lasse sich nicht ableiten, dass es sich mit dem Gebot der formalen Sachlichkeit in Widerspruch setze. Der BGH stellt also auch hier nicht auf bestimmte Anlässe oder Maximalformate ab, sondern nur noch auf die Wirkung im Einzelfall, die sich aus dem Gesamteindruck der angesprochenen Verkehrskreise ergibt; darauf verweisend *Gebre/Koslowski*, § 57a, Rn. 24; *MüKo/Schaffert*, § 4 Nr. 11, Rn. 160; *v. Jagow*, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl I, Rn. 16.

²³⁴ *Gilgan*, in Mittelsteiner/Gilgan/Späth, § 14, Rn. 34; *Gebre/Koslowski*, § 57a, Rn. 25.

²³⁵ In der früheren Fassung der BOSTb von 2004 war nach deren § 14 Abs. 1 S. 3 für die Zulässigkeit einer Anzeige auch die Häufigkeit ihres Erscheinens zu beachten.

²³⁶ *Gebre/Koslowski*, § 57a, Rn. 25 ff. m.w.N.

²³⁷ Zu restriktiv ist dabei das Urteil des OLG Nürnberg, AnwBl 1998, S. 534, wonach eine auffällige, eine bestimmte Werbepotschaft enthaltene Zeitungsanzeige eines Steuerberaters in ihrer Form als berufswidrig i.S.d. § 57 StBerG angesehen wurde, weil aufgrund ihrer Gestaltung davon auszugehen war, dass sie von einem professionellen Werbegrafiker mit dem Ziel entworfen wurde, nicht nur die Aufmerksamkeit des Lesers zu erregen, sondern diesem auch ein bestimmtes Image des werbenden Steuerberaters zu vermitteln.

²³⁸ WRP 1996, S. 216 (221).

²³⁹ *Gilgan*, in Mittelsteiner/Gilgan/Späth, § 10, Rn. 6.

²⁴⁰ *Gilgan*, in Mittelsteiner/Gilgan/Späth, § 10, Rn. 17.

²⁴¹ *Späth*, in Mittelsteiner/Gilgan/Späth, § 20, Rn. 33.

Beratungsbedürftiger in den nördlichen Bundesgebieten ein berechtigtes Informationsinteresse an näheren Angaben über einen Steuerberater in München habe. Bei regional begrenzt zu empfangenen Sendern sieht er dagegen wegen eines nur dann vorhandenen Informationsinteresses des Publikums Werbemaßnahmen im Fernsehen als erlaubt an.

Diese restriktiven Auffassungen gehen fehl. Auch bei der steuerberaterlichen Hörfunk- und Fernsehwerbung und ebenso bei der aus den gleichen Gründen zulässigen Kinowerbung kann es angesichts der Vorgaben des § 57a StBerG und des § 9 Abs. 1 BOSTB nur darauf ankommen, ob die übermittelten Informationen in Form und Inhalt dem werberechtlichen Sachlichkeitsgebot entsprechen.²⁴² Ob dagegen wie von *Späth*²⁴³ verlangt, ein „berechtigtes Informationsinteresse“ vorhanden ist bzw. ob die Werbung sich gar lohnt, ist für die Beurteilung, ob ein Werbemedium an sich zulässig ist, nicht von Belang. Der regionalen oder überregionalen Werbung der Steuerberater mit Radio-, Fernseh- und Kinospots steht folglich ebenso nichts entgegen wie der aktiven Teilnahme des Berufsangehörigen an Fernsehdiskussionen und Informationssendungen.²⁴⁴

cc) Internet

In den für jede Werbemaßnahme geltenden Grenzen ist dem Steuerberater auch die Internetwerbung erlaubt.²⁴⁵ Auch hier wird diesbezüglich der Grundsatz angeführt, dass die Werbung im Internet sich nicht unaufgefordert potentiellen Mandanten aufdränge, sondern erst aktiv aufgerufen werden müsse.²⁴⁶ Zu den sich daraus ergebenden weitergehenden steuerberaterlichen Werbemöglichkeiten im Internet siehe unten.²⁴⁷

c) Ergebnis

Es hat sich gezeigt, dass auch den Steuerberatern ebenso wie den Rechtsanwälten als Folge der Apothekenwerbeentscheidung sämtliche Werbeformen in den Medien offenstehen. Steuerberaterwerbung kann deswegen aufgrund ihrer Form oder ihres Inhalts nur untersagt werden, wenn diese Rechte Dritter bzw. schützenswerte Belange des Allgemeinwohls beeinträchtigt. Das ist der Fall, wenn sie sich im Einzelfall als unsachlich, also aufdringlich bzw. belästigend oder als irreführend erweist.

Um den Steuerberatern diese umfassende Medienwerbung zu ermöglichen, wurden die entsprechenden Werbebeschränkungen von Seiten des Satzungssetzgebers gestrichen und das Werberecht auch dieser Berufsgruppe durch die nunmehr

²⁴² *Kluth/Goltz/Kujath*, Zukunft der freien Berufe, S. 83.

²⁴³ In Mittelsteiner/Gilgan/Späth, § 20, Rn. 33.

²⁴⁴ Diesbezüglich wieder richtig *Späth*, in Mittelsteiner/Gilgan/Späth, § 20, Rn. 32.

²⁴⁵ Siehe so auch *Gebre/Koslowski*, § 57a, Rn. 39, der ohne weiteren Hinweis direkt sämtliche zur Anwaltswerbung ergangene Rechtsprechung auf die Steuerberater überträgt.

²⁴⁶ *Gebre/Koslowski*, § 57a, Rn. 39.

²⁴⁷ S. 95 ff.

normierte Begrenzung auf rein wettbewerbswidrige Werbung insgesamt liberalisiert. Frühere restriktive Auffassungen – wie sie für die Fernsehwerbung vertreten wurden – können insofern nicht mehr durch die Erwägung legitimiert werden, dass ein die Werbung berechtigendes Informationsinteresse fehle und dass neue Werbeformen nicht der tradierten, im Berufsstand üblichen Selbstdarstellung entsprechen würden.

2. Wirtschaftsprüfer

Auch die Entwicklung des Berufsrechts der Wirtschaftsprüfer ist weitgehend der des anwaltlichen Werberechts gefolgt – ist bereits aber einen entscheidenden Schritt weiter. So unterlagen auch Wirtschaftsprüfer bis zur Einführung des 3. Gesetzes zur Änderung der Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer vom 15. Juli 1994²⁴⁸ gem. § 52 WPO a.F. einem generellen Werbeverbot. Durch § 52 S. 3 WPO n.F. wurde anschließend eine dem § 57a StBerG entsprechende Regelung geschaffen, nach der – unter Beibehaltung des generellen Verbots – Wirtschaftsprüfern eine in Form und Inhalt sachliche Unterrichtung über ihre berufliche Tätigkeit erlaubt wurde.²⁴⁹ In der seit dem 06. September 2007 gültigen Fassung²⁵⁰ ist bei den Wirtschaftsprüfern jede Werbung zulässig, es sei denn, sie ist unlauter. Insofern normiert ebenso wie bei den Steuerberatern das UWG die für die Werbung des Wirtschaftsprüfers maßgeblichen Regelungen.²⁵¹ In diesem bestehen aber hinsichtlich der grundsätzlich zulässigen Werbemedien außer in § 7 UWG für die Telefon- und E-Mail-Werbung im Fall fehlender vorheriger Einwilligung keine Schranken. Es gilt somit auch für Wirtschaftsprüfer, dass Werbung nicht schon deshalb berufswidrig ist, weil die Art des gewählten Werbeträgers vom Üblichen abweicht und zu einer auffälligen Präsentation führt.²⁵²

3. Notare

Da die bisherige Darstellung gezeigt hat, dass sowohl die Rechtsanwälte als auch die Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in allen Medien werben dürfen, ist man

²⁴⁸ BGBl 1994 I, S. 1569.

²⁴⁹ Ekey/Kotthoff, § 4, Rn. 587.

²⁵⁰ Reformiert durch Gesetz zur Stärkung der Berufsaufsicht und zur Reform berufsrechtlicher Regelungen in der Wirtschaftsprüferordnung (Berufsaufsichtsreformgesetz) vom 03.09.2007, BGBl. I, S. 2178.

²⁵¹ So auch die Begründung der Satzung der Wirtschaftsprüferkammer über die Rechte und Pflichten bei der Ausübung der Berufe des Wirtschaftsprüfers und des vereidigten Buchprüfers vom 11.06.1996 (zuletzt geändert mit Wirkung zum 12.02.2010 am 06.11.2009; zu finden unter <http://www.wpk.de/pdf/bs-wpvbp.pdf>; Zugriff März 2013) zu § 4 Abs. 2 1. Alt. der Berufssatzung (S. 33). Siehe auch *Precht*, in Hense/Ulrich, § 52, Rn. 2 sowie Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 10. – Zumindest ungenau insofern Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.104, der davon ausgeht, die Werbebeschränkungen für Wirtschaftsprüfer seien „weitgehend identisch mit der entsprechenden Regelung für Anwälte in § 43b BRAO.“

²⁵² Vgl. auch *Precht*, in Hense/Ulrich, § 52, Rn. 6, nach dem bestimmte Werbeträger jedoch noch in Ausnahmefällen als unzulässig anzusehen seien.

geneigt anzunehmen, dass auch den Notaren die gleichen Möglichkeiten zugesprochen werden, solange die spezifisch für sie geltenden, die Zulässigkeit ihrer Werbung begründenden Sachlichkeitskriterien gewahrt werden. Zu prüfen ist, ob sich diese Annahme bei einer genaueren Betrachtung bewahrheitet.

a) Grundsätzliche Anforderungen an die Notarwerbung

Bis ins Jahr 1998 war es den Notaren so gut wie verboten, Werbung zu betreiben.²⁵³ Da bis dahin auch für die rechts- und steuerberatenden Berufe vergleichbare Werbeverbote galten, wurde mit dem Argument, dass sich mit der Tätigkeit des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes ein gewerbliches Verhalten nicht vertrage, aus der Bundesnotarordnung (BNotO) ein fast ausnahmslos geltendes Werbeverbot abgeleitet.²⁵⁴ Nachdem als Folge der oben angeführten Entscheidungen des BVerfG vom 14. Juli 1987²⁵⁵ die Werberegungen der Rechtsanwälte und Steuerberater erweitert wurden, hob das Dritte Gesetz zur Änderung der BNotO und anderer Gesetze vom 31. August 1998²⁵⁶ mit dem neu eingefügten § 29 BNotO dieses Werbeverbot auf und novellierte die Grenzen zwischen erlaubter und unerlaubter Werbung mit dem Ziel größerer Werbefreiheit.²⁵⁷ Werbung ist seitdem dem Notar nur noch insoweit verboten, als sie dem öffentlichen Amt widerspricht. Rein der Formulierung der Norm nach haben sich mit der Einführung des § 29 BNotO damit die zulässigen Werbemaßnahmen dem Berufsrecht der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer zumindest angenähert.²⁵⁸ Diese dürfen in den Grenzen der Sachlichkeit werben, die Notare bis zur Grenze einer ihrem öffentlichen Amt widersprechenden Werbung.

aa) Regelungsgehalt des § 29 BNotO

Als Organ der vorsorgenden Rechtspflege übt der Notar gemäß § 1 BNotO ein öffentliches Amt aus. Aus diesem Grund soll er nach § 29 Abs. 1 BNotO jedes gewerbliche Verhalten, insbesondere eine dem öffentlichen Amt widersprechende Werbung zu unterlassen haben. Nach § 29 Abs. 2 BNotO darf sich eine dem Notar in Ausübung seiner Tätigkeiten nach § 8 BNotO erlaubte Werbung nicht auf seine Tätigkeit als Notar erstrecken. Das heißt, soweit ein Notar neben seiner notariellen Tätigkeit nach § 8 Abs. 2 BNotO zugleich den Beruf des Patentanwalts, Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers ausübt oder im Sinne der Befugnis des § 3 Abs. 2

²⁵³ Schippel/Bracker/Schäfer, § 29, Rn. 1.

²⁵⁴ Eylmann, in Eylmann/Vaasen, § 29 BNotO, Rn. 1 mit den entsprechenden Nachweisen sowie mit Hinweis auf § 2 Abs. 1 der von der Bundesnotarkammer 1962 aufgestellten Allgemeinen Richtlinien für die Berufsausübung der Notare, nach dem jedes Werben als „mit dem Ansehen und der Würde des Notars unvereinbar“ einzustufen war. Hierauf auch verweisend Sandkühler, in Arndt/Lerch/Sandkühler, § 29, Rn. 1.

²⁵⁵ Siehe dazu oben, S. 24 ff.

²⁵⁶ BGBl. I, S. 2585.

²⁵⁷ Schippel/Bracker/Schäfer, § 29, Rn. 2.

²⁵⁸ So Eylmann, in Eylmann/Vaasen, § 29 BNotO, Rn. 2.

BNotO als „Anwaltsnotar“ tätig ist, darf die diesbezügliche Werbung keine Hinweise auf seine notarielle Tätigkeit enthalten, wenn die Werbung nicht auch nach notariellem Berufsrecht zulässig ist.²⁵⁹ Wenn der Anwaltsnotar also mit Angaben über seine anwaltliche Tätigkeit in einer Form wirbt, die ihm als Notar nicht erlaubt ist, „muss er auf die Bezeichnung „Notar“ verzichten.“²⁶⁰ § 29 Abs. 3 BNotO enthält darüber hinaus bei überregionalen Zusammenschlüssen weitere Anforderungen an die Werbung mit der notariellen Amtsbezeichnung und soll die „Nur-Notare“ vor der Konkurrenz der mit Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern beruflich verbundenen Anwaltsnotaren schützen.²⁶¹

Mit 29 BNotO ist auch den Notaren nicht mehr jegliche Werbung untersagt, sondern nur eine solche, die mit dem öffentlichen Amt nicht vereinbar ist. Durch den Wortlaut des Abs. 1 dieser Norm hat der Gesetzgeber verdeutlicht, dass sich auch das nach außen gerichtete Verhalten des Notars an den Anforderungen des von ihm wahrgenommenen Amtes und dessen Nähe zum öffentlichen Dienst auszurichten hat.²⁶² Gerechtfertigt wird das Verbot mit dem Zweck, die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Notars als Trägers eines öffentlichen Amtes zu sichern.²⁶³ Gleichfalls darf auch § 29 BNotO nicht die Grenzen der verfassungsrechtlichen Zumutbarkeit von Einschränkungen der Berufsausübung übersteigen und ist trotz seiner eher werbefeindlichen Formulierung nicht als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu verstehen.²⁶⁴ Vielmehr ist auch hier – wie schon bei § 43b BRAO – Werbung der Notare grundsätzlich als erlaubt anzusehen, soweit sie nicht durch die Kriterien des § 29 BNotO oder sonstiges Recht verboten ist.²⁶⁵ Nur eine solche Interpretation der Norm entspricht dem oben bereits dargelegten allgemeinen Grundsatz, dass nur berufswidrige Werbung vom Gesetzgeber untersagt werden kann. Dass aber genau hierin besonders bei den Notaren ein erhebliches Konfliktpotential steckt, wird weiter unten noch deutlich.

bb) Richtlinienempfehlung der BNotK

Anders als die Bestimmungen bei den rechts- und steuerberatenden Berufen enthält § 29 Abs. 1 BNotO keine taugliche Grenzziehung für die zulässigen Werbemöglichkeiten, da der Begriff der „amtswidrigen Werbung“ zu undefiniert ist.²⁶⁶ Der

²⁵⁹ Eylmann, in Eylmann/Vaasen, § 29, Rn. 3. – Siehe hierzu ausführlich Schippel/Bracker/Schäfer, § 29, Rn. 21 ff.; Eylmann, in Eylmann/Vaasen, § 29, Rn. 11; Sandkühler, in Arndt/Lerch/Sandkühler, § 29, Rn. 29 ff.

²⁶⁰ Schippel/Bracker/Schäfer, § 29, Rn. 23.

²⁶¹ Eylmann, in Eylmann/Vaasen, § 29, Rn. 3. – Siehe diesbezüglich Eylmann, in Eylmann/Vaasen, § 29, Rn. 16 ff.; Schippel/Bracker/Schäfer, § 29, Rn. 24; Sandkühler, in Arndt/Lerch/Sandkühler, § 29, Rn. 40 ff.

²⁶² BT-Drs. 13/4184, S. 27 f.; hierauf verweisend Schippel/Bracker/Schäfer, § 29, Rn. 2. Ohne Verweis so auch Sandkühler, in Arndt/Lerch/Sandkühler, § 29, Rn. 4.

²⁶³ BVerfG, GRUR 1998, S. 71 (72 f.); hierauf verweisend Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.103.

²⁶⁴ Schippel/Bracker/Schäfer, § 29, Rn. 2.

²⁶⁵ Schippel/Bracker/Schäfer, § 29, Rn. 2.

²⁶⁶ Kleine-Cosack, AnwBl 2003, S. 601.

kurz gefasste Regelungsgehalt des § 29 Abs. 1 BNotO wird aus diesem Grunde über § 67 Abs. 2 Nr. 7 BNotO durch die standesrechtlichen Richtlinien der Notarkammern ergänzt. Hierfür hat die Bundesnotarkammer (BNotK) den Notarkammern der einzelnen Länder auf der Grundlage des § 78 Abs. 1 Nr. 5 BNotO Empfehlungen²⁶⁷ für diese Richtlinien gegeben, die unter Ziff. VII ausführlich das „Auftreten des Notars in der Öffentlichkeit“ und der Werbung reglementieren. Die Notarkammern der Länder haben diese Empfehlungen weitgehend unverändert in den entscheidenden Kernaussagen übernommen.²⁶⁸ Auf die einzelnen vorhandenen Unterschiede einzugehen, ist wegen der Zielsetzung dieser Arbeit nicht erforderlich.²⁶⁹

cc) Erlaubte Sachinformationen

Durch § 29 Abs. 1 BNotO soll jeder Eindruck dahingehend vermieden werden, die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der notariellen Amtsstellung werde durch eine gewerbliche, rein am Gewinn ausgerichtete Berufsausübung beeinträchtigt.²⁷⁰ Grundsätzlich wird ein Verhalten mit Außenwirkung so nur dann als mit dem öffentlichen Amt vereinbar – und daher als erlaubt – angesehen, „wenn dadurch das Vertrauen in die aufgezeigte spezifische Berufsfunktion des Notars nicht beeinträchtigt wird.“²⁷¹ Unzweifelhaft möglich sind damit alle grundlegenden persönlichen Informationen sowie solche zur Kontaktaufnahme, wie beispielsweise Angaben über die Öffnungszeiten und Anfahrts- und Parkbeschreibungen.²⁷² Auch eine sachliche Schilderung des persönlichen und beruflichen Werdegangs wird als zulässig angesehen, sofern diese sich auf objektive Tatsachen konzentriert.²⁷³ Weiter wird es bei den Notaren ebenso wie bei den Anwälten als erlaubt angesehen, Angaben über Veröffentlichungen, Fremdsprachenkenntnisse, Zusatzqualifikationen sowie Tätigkeiten als Schiedsrichter oder Mediator zu machen.²⁷⁴ Auch ist ausweislich der Gesetzesbegründung nicht jedes darüber hinausgehende nach außen gerichtete

²⁶⁷ „Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Notarkammer“, erlassen durch Beschluss der Vertreterversammlung vom 29.01.1999 (DNZ 1999, S. 258) und zuletzt durch Beschluss vom 28.04.2006 geändert (DNZ 2006, S. 561).

²⁶⁸ *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, § 29, Rn. 3 sowie RL-E VII, Rn. 2 mit dem Hinweis, dass keine der Kammern den Text der gegebenen Empfehlung völlig unverändert gelassen habe und einzelne allgemeiner gefasste Empfehlungen konkretisiert und ergänzt wurden. Im Einzelnen wird diesbezüglich auf die Texte der Richtlinien verwiesen, die im Internet unter <http://www.bundesnotarkammer.de> abrufbar sind (Zugriff März 2013).

²⁶⁹ Überprüft wurde, dass keine der Richtlinien divergierende Aussagen hinsichtlich der zulässigen Werbung in den Medien enthält.

²⁷⁰ So die amtliche Begründung in in BT Drs. 13/4184, S. 28; ebenfalls *Schippel/Bracker/Görk*, RLE/BNotK VII, Rn. 1.

²⁷¹ So die amtliche Begründung in in BT Drs. 13/4184, S. 28.

²⁷² *Schippel/Bracker/Görk*, RLE/BNotK VII, Rn. 10.

²⁷³ So *Schippel/Bracker/Görk*, RLE/BNotK VII, Rn. 10.

²⁷⁴ So *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, § 29, Rn. 12; ausführlich zu der Angabe von besonderen Leistungsangeboten und Tätigkeitsschwerpunkten *ders.*, VII RL-E, Rn. 39-44; im Ergebnis zustimmend *Schippel/Bracker/Schäfer*, § 29, Rn. 13; *Sandkühler*, in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 29, Rn. 16.

Verhalten deshalb zu untersagen, weil damit ein gewisser werbender Nebeneffekt verbunden ist; diesbezüglich komme es entscheidend auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls an.²⁷⁵ Wertende Anpreisungen der eigenen Leistung sind dagegen ebenso verboten wie das Angeben unwahrer Behauptungen.²⁷⁶

Dies zeigt, dass es hinsichtlich der erlaubten Sachinformationen weitgehende Übereinstimmungen zwischen den berufsrechtlichen Werbebegrenzungen des Notars und der steuer- und rechtsberatenden Freiberufler gibt. Der einzige Unterschied begründet auf der Stellung des Notars als öffentliches und unparteiliches Amt, aufgrund derer ihm nicht gestattet ist, mit der Nennung von Klienten zu werben.²⁷⁷

b) Notarwerbung in den Medien

Wenn sich auch bezüglich des zulässigen Inhalts der Informationswerbung die berufsrechtlichen Vorgaben der Notare und rechts- und steuerberatenden Berufe kaum unterscheiden und im Zuge der fortschreitenden Liberalisierungstendenz eine weitere Angleichung zu erwartet ist, weichen die als erlaubt angesehen Werbeformen dennoch voneinander ab:

aa) Printmedien

Wie oben festgestellt, darf ein Anwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer ohne konkreten Anlass in Anzeigen über seine Tätigkeiten informieren und auch Rundschreiben an einen größeren Personenkreis versenden. Zwar dürfen grundsätzlich auch Notare mit Zeitungsanzeigen werben. Dies jedoch nur beschränkt durch Ziff. VII 4. RL-E, nach der die Anzeigen nicht durch Form, Inhalt, Häufigkeit oder auf sonstige Weise der amtswidrigen Werbung dienen dürfen. Aufgrund der expliziten Normierung dieser Kriterien wird der Anschein erweckt, die Zulässigkeit der Printwerbung sei insgesamt engeren Grenzen unterworfen als bei den Anwälten.²⁷⁸ Wie allerdings bereits ausgeführt,²⁷⁹ hat das BVerfG im Apothekenwerbebeschluss für alle freien Berufe grundlegend ausgeführt, dass deren Angehörige grundsätzlich durch Zeitungsanzeigen werben dürfen, sofern diese nicht nach Form, Inhalt oder eben Häufigkeit übertrieben wirken. Eine Beschränkung sei nur dann möglich, wenn dem Schutz der Berufsfreiheit durch eine Würdigung *aller* maßgeblichen Umstände angemessen Rechnung getragen werde. Insofern müssen diese Kriterien immer summarisch geprüft werden.²⁸⁰

²⁷⁵ So die amtliche Begründung in BTDrS. 13/4184, S. 28; hierauf verweisend Schippel/Bracker/*Görk*, RLE/BNotK VII, Rn. 2.

²⁷⁶ *Eylmann*, in Eylmann/Vaasen, § 29 BNotO, Rn. 12.

²⁷⁷ Siehe *Eylmann* in Eylmann/Vaasen, § 29 BNotO, Rn. 12.

²⁷⁸ So in der Schlussfolgerung z.B. *Eylmann* in Eylmann/Vaasen, RL-E VII, Rn. 29.

²⁷⁹ Siehe S. 26 ff.

²⁸⁰ Sofern also die Unzulässigkeit einer Werbung nur auf einer dieser Kriterien oder gar auf starren Grenzen beruht (so Ziff. VII 4.2. der Richtlinienatzung der Kammer Mecklenburg-Vorpommern

Für die Form der Anzeigen ist zudem Ziff. VII 1.3. b) RL-E zu beachten: Die Anzeige darf nicht den Eindruck der Gewerblichkeit vermitteln, insbesondere den Notar oder seine Dienste reklamehaft herausstellen. Das ungenaue Kriterium der Reklamehaftigkeit taugt jedoch für eine sinnvolle Abgrenzung kaum, weswegen richtigerweise vorgeschlagen wird, den Begriff als „in Form und Inhalt sachlich“ zu verstehen.²⁸¹ Insofern werden trotz der ungenauen Kriterien der RL-E auch übliche reklamehafte Elemente, wie dezente Farben und Logos sowie sonstige Erscheinungsformen einer Corporate-Identity bei der Printwerbung von Notaren als zulässig anerkannt.²⁸² Ebenso durchgesetzt hat sich die Erkenntnis, dass es auf die Positionierung einer Anzeige nicht ankommt: Entscheidend sei nicht, „wo der Notar wirbt, sondern wie er wirbt. So wird eine Anzeige nicht dadurch in der Form unsachlich, dass sie im redaktionellen Teil der Zeitung erscheint. Sie darf auch inmitten gewerblicher Anzeigen stehen und ist dort angemessener platziert als unter den Familienanzeigen.“²⁸³ Reißerische Hervorhebungen werden dagegen als unzulässig eingestuft.²⁸⁴

Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob für den Notar eine weitergehende Einschränkung als die in Ziff. VII 4. RL-E enthaltene derart gilt, dass für eine Zeitungsanzeige ein bestimmter Anlass gegeben sein muss.

aaa) Herrschende enge Auffassung

Die in der Literatur wohl vorherrschende Meinung²⁸⁵ verlangt trotz der insofern eindeutigen Formulierung der Ziff. VII 4. RL-E einen besonderen Anlass für eine Zeitungsanzeige eines Notars. Begründet wird dies mit der Vorgabe aus Ziff. VII 1.3. d) RL-E, nach der dieser nicht ohne besonderen Anlass allgemein an Rechtsuchende herantreten darf. Ein solcher Anlass wird z.B. in der Bestellung zum Notar, der Verlegung des Amtssitzes oder der Geschäftsräume sowie Urlaubsabwesenheit

vom 30.10.1999 (zuletzt geändert durch Beschluss v. 10.06.2009) mit höchstens „zwei Veröffentlichungen in jeder in Betracht kommenden Tageszeitung des örtlichen Amtsbezirks“, ist dies als verfassungswidrig anzusehen, da nicht alle maßgeblichen Umstände berücksichtigt werden. Verfassungswidrig dürfte auch die Richtliniensatzung der Notarkammer Mecklenburg-Vorpommern sein, nach der gem. Ziff. VII 4.1 Anzeigen des Notars flächenmäßig nicht größer sein dürfen als das Format DIN A-6. Diese zumindest als „fragwürdig“ einstuft ebenso *Eylmann* in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, Rn. 28.

²⁸¹ *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, Rn. 9. So kritisch für Steuerberater auch *MüKo/Schaffert*, § 4 Nr. 11, Rn. 160 und *Kluth/Goltz/Kujath*, Zukunft der freien Berufe, S. 79 f.

²⁸² *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, Rn. 28; *Sandkühler*, in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 29, Rn. 17; so auch BVerfG, NJW 1997, S. 2510 (2511).

²⁸³ So *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, Rn. 29.

²⁸⁴ *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, Rn. 29. Fälschlicherweise hierzu auch zählend jede Form der „anpreisenden Selbstdarstellung“ *Sandkühler*, in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 29, Rn. 21.

²⁸⁵ *Starke*, in FS *Bezzenger*, S. 630 f.; *ders.*, in Beck'sches Notarhandbuch, S. 1500, Rn. 140; *Schippe/Bracker/Görk*, RLE/BNotK VII, Rn. 20; wohl auch *Sandkühler*, in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 29 BNotO, Rn. 12.

gesehen.²⁸⁶ Eine weitere Begründung für diese Auslegung der Ziff. VII 1.3 d) RL-E – die dann wohl auch auf sämtliche sonstige Medienwerbung zu übertragen wäre – wird jedoch nicht vorgenommen.

bbb) Weite Auffassung

Die weite Auffassung²⁸⁷, nach der auch Notare bei Zeitungsanzeigen ohne besonderen Anlass werben dürfen, argumentiert damit, dass der die Anzeigenwerbung regelnde Wortlaut der Ziff. VII 4. RL-E dieses Erfordernis nicht enthalte und es folglich nicht nachvollziehbar sei, warum andere Stimmen einen besonderen Anlass als ungeschriebenen Bestandteil betrachten. Zumindest sei es geboten, den Begriff des besonderen Anlasses weit zu fassen.²⁸⁸ Zu einem solchen gehöre so unter anderem auch der in Form einer Anzeige erfolgende Hinweis auf wichtige Gesetzesänderungen oder Gerichtsentscheidungen, die für Beurkundungen von Bedeutung sein könnten. Notare bräuchten derartige für das rechtsuchende Publikum interessante Informationen nicht den Anwälten oder Steuerberatern zu überlassen.²⁸⁹

ccc) Stellungnahme

Grundsätzlich ist die Sichtweise der herrschenden Meinung deswegen verständlich, da die Fassung der Ziff. VII 1.3. d) RL-E allgemein gehalten ist und durchaus auch auf alle anderen Regelungen, zumindest aber die der Anzeigenwerbung übernommen werden könnte.²⁹⁰ Inkonsequent ist aber, dass die gleichen Autoren, die für die Anzeige in der Presse einen besonderen Anlass fordern, für das Medium Internet eine unbegrenzte Zurverfügungstellung von Informationen über die Tätigkeit des Notars zulassen und das Verbot aus Ziff. VII 1.3. d) RL-E insofern dort nicht als einschlägig zu erachten scheinen.²⁹¹ Entscheidungserheblich ist aber auch hier die grundsätzliche Wertung des Art. 12 GG. Aufgrund der umfassenden Berufsfreiheit muss Werbung allen freien Berufen auch ohne besonderen Anlass zulässig sein: Ein Gemeinwohlbelang, der die Häufigkeit oder den Anlass einer Anzeigenschaltung

²⁸⁶ Schippel/Bracker/Görk, RLE/BNotK VII, Rn. 20; Sandkühler, in Arndt/Lerch/Sandkühler, § 29 BNotO, Rn. 12.

²⁸⁷ Eylmann, in Eylmann/Vaasen, RL-E VII, Rn. 26; Kleine-Cosack, Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 484.

²⁸⁸ Eylmann in Eylmann/Vaasen, RL-E VII, Rn. 26.

²⁸⁹ Eylmann in Eylmann/Vaasen, RL-E VII, Rn. 26. Dort auch in Rn. 27 weiterführend zur Bedenklichkeit von in einigen Satzungen in Abweichung von der Richtlinienempfehlung aufgenommenen Anlassvoraussetzungen.

²⁹⁰ Wobei jedoch nach Eylmann (in Eylmann/Vaasen, VII RL-E, Rn. 25) die Vertreterversammlung der BNotK der in Ziff. VII 4. RL-E getroffenen Regelung die Qualität einer lex specialis gegenüber Nr. VII 1.3 RL-E zugewiesen haben sollte, so dass schon danach Anzeigen nicht als allgemeines Herantreten an Dritte zu werten seien und auch keines besonderen Anlasses bedürften. – Mangels Quellenangabe zu diesem Protokollvermerk kann die Richtigkeit dieser Aussage nicht überprüft werden.

²⁹¹ So Schippel/Bracker/Görk, RLE/BNotK VII, Rn. 11, 21.

begrenzen könnte, ist auch bei den Notaren nicht zu sehen.²⁹² Maßgeblich ist nur, ob alleine der Inhalt der Anzeige geeignet ist, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars zu gefährden. Im Rahmen des Sachlichkeitsgebots muss Notaren deswegen die Aufgabe von berufsbezogenen Anzeigen aller Art ohne besonderen Anlass und durchaus wiederholt erlaubt sein; es ist lediglich im Einzelfall zu prüfen, ob im Hinblick auf die in der einschlägigen Bestimmung genannten Kriterien eine unsachliche und daher amtswidrige Werbung vorliegt.²⁹³ Dass nach Ziff. VII 1.3 d) RL-E dem Notar trotzdem verboten wird, ohne besonderen Anlass allgemein an Rechtsuchende heranzutreten, ist somit als verfassungswidrig – und dies nicht nur bei der Anzeigenwerbung, sondern generell – einzustufen.²⁹⁴ Dies gilt umso mehr, als dem Notar auch in den sonstigen Medien – hierzu noch im folgenden – die werbliche Darstellung aller Informationen, an denen potentielle Mandanten interessiert sind, vollumfänglich erlaubt ist. Warum aber in der Presse ein besonderer Anlass für eine Anzeigenwerbung gefordert werden soll, ist unverständlich und zeigt die Praxisferne der (noch) herrschenden Ansicht in der Kommentarliteratur.

bb) Hörfunk, Fernsehen und Kino

Nach Ziff. VII 5. RL-E darf sich der Notar an Informationsveranstaltungen der Medien, bei denen er in Kontakt mit dem rechtsuchenden Publikum tritt, beteiligen. Somit wird eine Übertragung von Sendungen, bei denen er z.B. rechtliche Fragen des Moderators oder des Publikums beantwortet, im Hörfunk und Fernsehen als zulässig angesehen.²⁹⁵ Dabei darf der Notar nur seine Amtsbezeichnung und seinen Amtssitz nennen, darüber hinaus jedoch nicht für sich persönlich werbend auftreten, sondern nur allgemein über Aufgaben, Befugnisse und Tätigkeitsbereiche des Notarberufs informieren, ohne sich persönlich in irgendeiner Weise hervorzuheben.²⁹⁶

Fraglich ist jedoch, ob und wie der Notar auch für sich selbst in den Ton- und Bildmedien (Radio, Fernsehen oder Kino) werben darf.

aaa) Herrschende enge Auffassung

Die Ton- und Bildmedien sollen nach vorwiegend vertretener Auffassung den Notaren für ihre eigene Werbung verboten sein, da die suggestiven Wirkungen von

²⁹² *Schuster*, *Werberecht des Notars*, S. 418: „Solange die Anzeige von Inhalt und Gestaltung her zulässig ist, kann aber allein von ihrem wiederholten Erscheinen keine Gefahr für den Eindruck von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit oder eine Irreführung über das Dienstleistungsangebot des betreffenden Notars entstehen.“

²⁹³ *Kleine-Cosack*, NJW 2005, S. 1230 (1234).

²⁹⁴ So auch *Kleine-Cosack*, NJW 2005, S. 1230 (1234).

²⁹⁵ Siehe *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, Rn. 32.

²⁹⁶ *Schippel/Bracker/Görk*, RLE/BNotK VII, Rn. 6.

Radio-, Fernseh- und Kinowerbung stärker seien als die Werbung in den Printmedien.²⁹⁷ Begründet wird dies damit, dass der Notar als Amtsträger ein größeres Maß an Zurückhaltung und Neutralität zu wahren habe als den Anwälten durch § 43b BRAO auferlegt sei.²⁹⁸ Ein weiterer Grund dafür wird in dem durch Ziff. VII 1.3 b) RL-E verbotenen Eindruck der Gewerblichkeit von Werbung in diesen Medien gesehen.²⁹⁹ Die oben dargestellte³⁰⁰ Apothekenwerbeentscheidung des BVerfG ändere aus Sicht der Vertreter dieser Ansicht nichts: Die Entscheidung sei zum Werbeverbot der Apotheker ergangen und führe als tragenden Grund an, dass der Apotheker nicht nur Angehöriger eines freien Berufs, sondern zugleich Kaufmann sei.³⁰¹ Dem Notar als Amtsträger könne somit auch unter Berücksichtigung von Art. 12 GG hinsichtlich des werbewirksamen Verhaltens wesentlich engere Grenzen gesetzt werden als es bei den Rechtsanwälten der Fall sei.³⁰²

bbb) Eigene Stellungnahme

Natürlich ist der Grundsatz nachvollziehbar, dass dem Notar als Träger eines öffentlichen Amtes ein größeres Maß an Zurückhaltung in der Werbung abverlangt werden soll. Dies folgt daraus, dass er verpflichtet ist, seine Tätigkeit im Regelfall bezogen auf alle involvierten Parteien unabhängig und unparteilich auszuführen, was in dieser Form bei anderen Freiberuflern nicht gegeben ist. Das hohe Vertrauen in die Neutralität, dass dem Beruf des Notars dementsprechend entgegengebracht wird, stellt so auch grundsätzlich ein verfassungsrechtlich zulässiges Gemeinwohlziel für dessen Werbebeschränkungen dar.

Dieses kann aber nur für Beschränkungen des Inhalts einer Werbeaussage gelten, nicht aber auch für die zulässige mediumbedingte Form einer Werbemaßnahme. Diesbezüglich hat das BVerfG in der Apothekenwerbeentscheidung eine unmissverständliche und für alle Freiberufler geltende Aussage dahingehend getroffen, dass allein aus der Form einer Werbung noch keine Gemeinwohlsschädlichkeit hergeleitet werden könne. Dass wie von der Gegenmeinung argumentiert, die diesbezüglichen Ausführungen in der Apothekenwerbeentscheidung auf der Stellung des Apothekers als Kaufmann beruhen, ist falsch. Wie oben aufgezeigt,³⁰³ basiert die verfassungsrechtliche Überprüfung durch das BVerfG gerade auf der durch Art. 12 GG geschützten Stellung der Apotheker als Freiberufler. Die parallele kaufmänn-

²⁹⁷ So *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, Rn. 10; *Starke*, in *Beck'sches Notarhandbuch*, S. 1501, Rn. 143; *ders.*, in *FS Bezzenger*, S. 631 f. – A.A. *Sandkühler*, in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 29 BNotO, Rn. 9.

²⁹⁸ *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, § 29 BNotO, Rn. 15.

²⁹⁹ *Schippel/Bracker/Görk*, RLE/BNotK VII, Rn. 9.

³⁰⁰ Siehe S. 26 ff.

³⁰¹ *Schippel/Bracker/Görk*, RLE/BNotK VII, Rn. 9; *Starke*, in *Beck'sches Notarhandbuch*, S. 1500 f., Rn. 143.

³⁰² *Schippel/Bracker/Görk*, RLE/BNotK VII, Rn. 9.

³⁰³ Siehe S. 34.

nische Stellung der Apotheker wird nur relevant bei der Differenzierung der unterschiedlichen einschlägigen Werberestriktionen.³⁰⁴ So hat das BVerfG selbst in einer Entscheidung aus dem Jahr 1997³⁰⁵ unter Bezugnahme auf die Apothekenwerbeentscheidung auch für die Notare ausdrücklich hervorgehoben, dass es zeitbedingten Veränderungen unterliege, was für die Notarwerbung noch als üblich, als angemessen oder als übertrieben bewertet werde und dass allein aus dem Umstand, dass eine Berufsgruppe ihre Werbung anders als bisher üblich gestaltet, nicht gefolgert werden könne, dass dies deswegen unzulässige Werbung sei.³⁰⁶ Damit hat das BVerfG der restriktiven Ansicht jegliche Basis dafür genommen, einzig durch Hervorhebung der amtlichen Stellung der Berufsangehörigen deren Werbemöglichkeiten in den Medien einzuschränken. Insofern unterfallen auch die Notare uneingeschränkt dem Schutzbereich und der damit verbundenen – zumindest medialen – Werbefreiheit des Art. 12 GG, so dass bei einer im Sinne dieser BVerfG-Rechtsprechung verfassungskonformen Auslegung des Art. 29 BNotO eine Werbeform nicht verboten werden kann, welche den anderen rechts- und steuerberatenden Berufen erlaubt ist. Schließlich übt auch der Notar ungeachtet des Amtscharakters seiner Tätigkeit einen freien Dienstleistungsberuf aus.³⁰⁷ Im Unterschied zu den anderen freien Berufen hat er lediglich *zusätzlich* zu seiner Rechtsberatungs- und -besorgungskompetenz als Beliehener eine öffentliche Aufgabe wahrzunehmen.³⁰⁸

Infolge konsequenter Weiterführung der insofern eindeutigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss den Notaren deswegen erlaubt sein, auch in den bisher als unzulässig angesehenen Medien werbend in jeder Form an die Öffentlichkeit zu treten, welche auch den anderen Freiberuflern erlaubt ist, solange das Ansehen dieser Berufsgruppe hinsichtlich ihrer amtlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht gemindert wird. Dabei muss praktisch Formwahlfreiheit bestehen zwischen einer zahlen- und größenmäßig nicht beschränkten Zeitungsanzeige und vergleichbaren Werbemaßnahmen in Hörfunk, Fernsehen und Kino. Eine entsprechende verfassungskonforme Auslegung des § 29 BNotO ist in der Literatur aber nicht zu finden. Auch die Gerichte hatten bisher in keinem ersichtlichen Fall die Lauterkeit von Notarwerbung in den Ton- und Bildmedien zu beurteilen, so dass diesbezüglich ebenso wie bei den Anwälten von keiner gefestigten Rechtsprechung auszugehen ist. Warum aber in Kenntnis der Apothekenwerbeent-

³⁰⁴ Die apotheken- und verschreibungspflichtigen Arzneimittel unterfallen dem HWG, wohingegen der Apotheker hinsichtlich des sog. Randsortiments in Konkurrenz zu sonstigen Gewerbetreibenden treten und diesbezüglich kaufmännisch tätig ist, siehe hierzu unten, S. 79 ff.

³⁰⁵ Entsch. v. 24.07.1991 – 1 BvR 1863/96, WRP 1997, S. 1046-1048.

³⁰⁶ BVerfG, WRP 1997, S. 1046 (1048).

³⁰⁷ Dieses wird bestätigt durch ein Urteil des BVerfG v. 24.07.1997 (1 BvR 1863/96, ZIP 1997, S. 1455), in dem es seine Argumentation vom Berufsrecht der Apotheker auf einen Notar übertragen und bzgl. der Frage, ob Anwaltsnotare ihre Briefbögen farblich und graphisch gestalten dürfen, ohne weitere Begründung seine Aussagen aus der Apothekenwerbeentscheidung wiederholt und übernommen hat. Dies bereits erkennend Ring, EwIR 1997, S. 1137 (1138).

³⁰⁸ Kleine-Cosack, DNotZ. 2004, S. 327 (329).

scheidung und begründet einzig mit der Amtseigenschaft der Notare von der Kommentarliteratur vertreten wird, dass ein Berufsangehöriger nicht im Radio, Fernsehen oder Film werben dürfe, ist vor diesem Hintergrund nicht verständlich.

cc) Internet

Das Bereitstellen von sachlichen Informationen im Internet wird bei den Notaren grundsätzlich als zulässig erachtet.³⁰⁹ Folglich ist auch für diese Berufsgruppe dieses Medium ein wichtiges Informations- und Werbemittel. Die eigene Homepage hat hier ebenso wie bei den Rechtsanwälten und Steuerberatern in ihrer werblichen Relevanz die gedruckte Praxisbroschüre überholt.³¹⁰ Dabei gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien: Alle Informationen, die nicht sachwidrig-irreführend sind und an denen ein Interesse des Publikums besteht, sind erlaubt.³¹¹ Das Internet ermöglicht dem Notar somit, umfangreiche Informationen auf seiner Homepage zu präsentieren. Hierzu werden neben Name, Anschrift und Kontaktdaten (Telefon, Telefax, E-Mail) auch die Öffnungszeiten sowie eine Anfahrts- und Parkskizze gezählt.³¹² Im Hinblick auf die modernere Ausrichtung des Mediums Internet werden auch Fotos des Notars, seiner Praxisräume und der Mitarbeiter als unbedenklich angesehen.³¹³ Weiter darf der Notar anerkannterweise Gesetzestexte, wichtige Gerichtsentscheidungen sowie eigene und fremde Fachveröffentlichungen in seine Internetpräsentation aufnehmen.³¹⁴ Ein besonderer Anlass für die Eröffnung einer Homepage wird von der Literatur dabei nicht gefordert.³¹⁵ Weitere dem Notar mögliche spezielle Internet-Werbeformen werden unten berufsübergreifend aufgezeigt.³¹⁶

c) Ergebnis

Im Ergebnis ist festzustellen, dass hinsichtlich der für die Werbepäsentationen der Notare als zulässig erachteten Medien noch Unterschiede zu den rechts- und steuerberatenden Berufe vorhanden sind. Zwar ist in inhaltlicher sowie sachlicher Hinsicht Werbung in vergleichbaren Grenzen erlaubt, die möglichen Werbeformen sind allerdings einem strengeren Maßstab unterworfen.³¹⁷ So versucht ein Teil der

³⁰⁹ Schippel/Bracker/*Görke*, RLE/BNotK VII, Rn. 22 m.w.N.; *Starke*, in Beck'sches Notarhandbuch, S. 1500 f., Rn. 141.

³¹⁰ Dies hervorhebend *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, Rn. 44 und *Schuster*, *Werberecht des Notars*, S. 424.

³¹¹ *Schuster*, *Werberecht des Notars*, S. 424; *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, Rn. 44.

³¹² Vgl. Schippel/Bracker/*Görke*, RLE/BNotK VII, 22.

³¹³ Vgl. Schippel/Bracker/*Görke*, RLE/BNotK VII, 22.

³¹⁴ *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, Rn. 47.

³¹⁵ *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, Rn. 34 f. Anders als bei der Zeitungswerbung und insofern widersprüchlich, siehe diesbzgl. oben, S. 63.

³¹⁶ Siehe S. 95 ff.

³¹⁷ Schippel/Bracker/*Schäfer*, § 29, Rn. 4; *Sandkühler*, in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 29, Rn. 28. – Ob dies auf Dauer in der Praxis durchzuhalten sein wird, wird auch von *Teplitzky*, in *UWG-Großkomm.*, § 1, Rn. G 158 bezweifelt.

Literatur noch heute mit der Argumentation an traditionellen Werberestriktionen festzuhalten, Werbung im Radio, Kino und Fernsehen sei mit dem notariellen Amt unvereinbar. Ein konkrete Schädigung des Ansehens der Notare durch derartige Medienwerbung wird aber nicht näher dargelegt.³¹⁸ Über die bloße Behauptung der Unvereinbarkeit hinaus werden keine sachlichen Gründe für diese medienspezifische Einschränkung der Berufsfreiheit genannt.³¹⁹ Wie *Kleine-Cosack*³²⁰ richtig erkennt, darf der Amtscharakter aber nicht als einziger Vorwand dafür dienen, das auch den Notaren verfassungsrechtlich verbürgte Werberecht auszuhöhlen. Gefordert wird von ihm so zu Recht eine „Entmythologisierung der notariellen Amtsfunktion“.³²¹ Das Verfassungsgericht hebt ebenfalls ausdrücklich hervor, dass auch für die Notare Neuerungen möglich sein müssten, auch wenn ihnen dabei schwerlich eine Vorreiterrolle zukommen würde.³²² Trotzdem dürfe es ihnen – und dem ist voll und ganz zuzustimmen – „nicht verwehrt sein, ihre Außendarstellung den gewandelten Verhältnissen anzupassen.“³²³ Vor diesem Hintergrund wird daher auch im Werberecht der Notare mittel- bis langfristig mit einem gerichtlich unterstützten Kurswechsel weg von den noch zum Teil vertretenen Werbeverböten hin zu einer umfanglichen Werbefreiheit – und damit auch in sämtlichen Ton- und Bildmedien – gerechnet.³²⁴

III. Heilberufe: Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte

Bei den Angehörigen der Heilberufe gibt es ebenfalls Berufsausübungsregelungen mit speziellen werberechtlichen Normen. Da diese bei den Zahnärzten und Tierärzten im Wesentlichen den für die Ärzte geltenden Bestimmungen entsprechen, erfolgt aus Gründen der Übersichtlichkeit keine gesonderte Darstellung.³²⁵ Vielmehr sind sie mitsamt dazugehöriger Rechtsprechung in die nachfolgende Darstellung der ärztlichen Werbemöglichkeiten mit eingearbeitet.

³¹⁸ *Kleine-Cosack*, Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 468 f. m.w.N. – So zum Beispiel Schippel/Bracker/*Schäfer*, § 29, Rn. 4. Es werde „der in großen Teilen hoheitliche Charakter notarieller Tätigkeit verkannt. Schon der letztgenannte Gesichtspunkt schließt es aus, alle freien Berufe in ihrer Außendarstellung (völlig) einheitlich zu behandeln.“

³¹⁹ *Kleine-Cosack*, DNotZ 2004, S. 327 (330).

³²⁰ Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 458.

³²¹ *Kleine-Cosack*, AnwBl 2003, S. 601 (602) mit dem Argument, dass das „freiheitsfeindliche topos des „Amtes“ ebenso wenig Werbeverbote zu rechtfertigen vermag wie sein zwischenzeitlich im Werbereich weitgehend als untauglich zur Legitimierung von Verboten entlarvtes Pendant der Freiberuflichkeit bei den rechts- und steuerberatenden Berufen sowie den Ärzten.“; siehe ebenso in Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 457.

³²² BVerfG, WRP 1997, S. 1046 (1048).

³²³ BVerfG, WRP 1997, S. 1046 (1048).

³²⁴ So *Kleine-Cosack*, AnwBl 2003, S. 601 (603); *ders.*, Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 457.

³²⁵ Vgl. § 21 der Musterberufsordnung der Bundeszahnärztekammer vom 19.05.2010 (zu finden unter <http://www.bzaek.de>; Zugriff Februar 2013) sowie § 9 der Musterberufsordnung der Tierärztekammer vom 24.10.2012 (zu finden unter <http://www.bundestieraerztekammer.de>, Zugriff Februar 2013). – Entscheidend für die hier vorgenommene Untersuchung ist, dass beide MBO keine

1. Einleitung

Das Berufsrecht der Ärzte mit den einschlägigen Werberegungen ist mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundes landesrechtlich in den Berufsordnungen der einzelnen Landesärztekammern geregelt.³²⁶ Dadurch besteht ein legislativer Unterschied zu den anderen Freiberuflern, deren Werberecht über Bundesgesetze vereinheitlicht ist. Sämtliche Berufsordnungen der einzelnen Landesärztekammern basieren aber auf der (Muster-)Berufsordnung für die Deutschen Ärztinnen und Ärzte (MBO); ihre Formulierungen wurden weitgehend deckungsgleich übernommen.³²⁷ In Anbetracht der Vielzahl der einzelnen Berufsordnungen der Länder orientieren sich die Ausführungen in diesem Teilabschnitt aus Gründen der Übersichtlichkeit ausschließlich an dieser Musterberufsordnung in ihrer aktuellen Fassung.

Zunächst enthielt auch die Musterberufsordnung der Ärzte ein ausnahmsloses Werbeverbot und blieb diesbezüglich seit 1956 jahrzehntelang weitestgehend unverändert.³²⁸ Die maßgeblichen Entscheidungen des BVerfG von 1985³²⁹, in denen das in den ärztlichen Berufsordnungen der einzelnen Länder enthaltene grundsätzliche Werbeverbot mit der Maßgabe als verfassungsmäßig angesehen wurde, dass nicht jede, sondern lediglich die berufswidrige Werbung verboten werden könne, wurden erst mit der Neufassung der MBO von 1997 umgesetzt.³³⁰ Die dadurch erfolgte grundsätzliche Aufhebung des Werbeverbots führte allerdings aufgrund weiterhin bestehender Einschränkungen zu Form, Inhalt und Umfang zulässiger Arztwerbung im angehängten Kapitel D der MBO kaum zu einer Liberalisierung der tatsächlichen Werbepaxis.³³¹ Erst eine weitere Neufassung der werberechtlichen Vorschriften im Jahr 2002 führte zu spürbaren Veränderungen, da die Begrenzungen des Kapitels D gestrichen wurden.³³² Zu den seitdem einschlägigen §§ 27 ff.

eigenständigen bzw. weitergehenden Regelungen hinsichtlich von Werbung in den Medien enthalten.

³²⁶ MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 166; v. Jagow, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl I, Rn. 19. – Diesbezüglich ausführlich und mit weiterführenden Verweisen Kretschmer, Ärztliche Werbung, S. 29.

³²⁷ V. Jagow, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl I, Rn. 19; MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 166. – Aktuell ist die durch die Beschlüsse des 114. Ärztetages in Kiel 2011 geänderte Version, zu finden auf der Homepage der Bundesärztekammer auf <http://www.bundesaerztekammer.de> (Zugriff Februar 2013).

³²⁸ Kretschmer, Ärztliche Werbung, S. 68 sowie ausführlich Philipp, Werbemöglichkeiten der Ärzte, S. 4 ff.; Balzer, Arzt- und Klinikwerberecht, S. 43 ff.; Bomba, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 148 ff.

³²⁹ Urt. v. 19.11.1985 – 1 BvR 934/82, BVerfGE 71, 162 ff. sowie Urt. v. 19.11.1985 – 1 BvR 38/78, BVerfGE 71, 183 ff.

³³⁰ Kretschmer, Ärztliche Werbung, S. 68.

³³¹ So Kretschmer, Ärztliche Werbung, S. 69. Die Werberegungen sind abgedruckt im Anhang bei Kretschmer, Ärztliche Werbung, S. 120 sowie bei Bahner, Werberecht für Ärzte, S. 354 ff.

³³² Kretschmer, Ärztliche Werbung, S. 69; Bahner, Werberecht für Ärzte, S. 52.

MBO haben die Berufsordnungsgremien der Bundesärztekammer sogenannte Auslegungsgrundsätze³³³ veröffentlicht. Auf diese Auslegungsgrundsätze wird nachfolgend an den entsprechenden Stellen eingegangen.

2. Grundsätzliche Anforderungen an die Arztwerbung gemäß § 27 MBO

Die die Arztwerbung grundlegend regelnde Vorschrift des § 27 Abs. 1 MBO bezweckt ihrem Wortlaut nach die Gewährleistung des Patientenschutzes durch sachgerechte und angemessene Information und die Vermeidung einer dem ärztlichen Sachverständnis zuwiderlaufenden Kommerzialisierung des Arztberufs. Auf dieser Grundlage werden den Ärzten nach § 27 Abs. 2 MBO sachdienliche berufsbezogene Informationen gestattet. Direkt untersagt ist ihnen gemäß § 27 Abs. 3 MBO dagegen berufswidrige Werbung, insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung.³³⁴ Ärztinnen und Ärzte dürfen eine solche Werbung durch andere weder veranlassen noch dulden. Die werbende Angabe von Tätigkeitsschwerpunkten und Qualifikationen wird desweiteren näher in § 27 Abs. 4 und 5 MBO geregelt.³³⁵

Auch die Ärzte sind somit verpflichtet, in sachlicher Weise an die Öffentlichkeit zu treten. Ihre Werbung muss sich im Grundsatz dabei wie bei den Rechtsanwälten hinsichtlich der bekannten Kriterien auf die sachlich beschreibende Angabe von solchen Tatsachen beschränken, die dazu dienen, ein Informationsbedürfnis des Publikums zu befriedigen und keinen Irrtum erregen.³³⁶ Dies gilt für den Inhalt der Information ebenso wie für die Art und Weise ihrer Darstellung. Zur Vermeidung

³³³ „Hinweise und Erläuterungen zu den §§ 27 ff. der (Muster) Berufsordnung“, beschlossen von den Berufsordnungsgremien der Bundesärztekammer am 10.09.2002, fortgeschrieben am 12.08.2003, zu finden unter <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=1.100.1144.1154> (Zugriff Februar 2013).

³³⁴ Hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit bzw. einer verfassungsmäßigen Auslegung dieser drei Kriterien siehe *Kretschmer*, *Ärztliche Werbung*, S. 45 ff.; desweiteren mit ausführlichen Erläuterungen und Definitionen hinsichtlich der anpreisenden, berufswidrigen und vergleichenden Werbung auch die Nr. 3 der Hinweise und Erläuterungen der Berufsordnungsgremien der Bundesärztekammer (siehe Fn. 333).

³³⁵ Ebenso enthalten die Berufsordnungen der Zahnärzte vergleichbare Regelungen: Nach § 21 der MBOZÄ 2010 (s. Fn. 325) ist dem Zahnarzt sachliche Information über seine Berufstätigkeit gestattet und berufswidrige untersagt, wobei als berufswidrig insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung gilt. Für Tierärzte gelten nach § 9 ihrer MBO (s. ebenso Fn. 325) im Wesentlichen die gleichen Regelungen hinsichtlich der Werbung wie für Ärzte und Zahnärzte. Auch sie unterliegen somit Berufsordnungen ihrer Tierärztekammern mit näher beschriebenen Werbeverboten, die die berufswidrige Werbung erfassen. – Siehe auch *Ekey/Kotthoff*, § 4, Rn. 590; v. *Jagow*, in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, Einl I, Rn. 32 f.; *BGH GRUR* 1999, S. 504 (506).

³³⁶ *BVerfG*, *NJW* 2000, S. 2734, verweisend auf *BVerfG*, *NJW* 1993, S. 2988 (2989); wiederum mit Verweis auf *BVerfGE* 82, 18 (28); *BVerfG*, *NJW* 2002, S. 1331 (1332) mit Verweis auf *BVerfG*, *NJW* 2000, S. 2734; ebenso *BVerfG*, *GRUR* 2003, S. 966; *BGH*, *GRUR* 1999, S. 1009 (1010); *GRUR* 2003, S. 798 sowie *OLG Hamm*, *WRP* 2009, S. 1421 ff. zur irreführenden Bezeichnung „zahnärztlicher Notdienst“ im Telefonbuch.

von Wiederholungen kann deswegen grundsätzlich auf die oben im Rahmen der Rechtsanwaltswerbung erfolgten Erläuterungen zum Begriff der Sachlichkeit verwiesen werden.³³⁷

3. *Arztwerbung in den Medien*

Hinsichtlich der Frage, ob auch bei den Ärzten Medienwerbung als grundsätzlich zulässig angesehen wird, findet sich die wichtigste Feststellung bei *Schaffert*³³⁸: „Die Musterberufsordnung enthält in ihrer aktuellen Fassung keine Hinweise auf bestimmte Werbeträger oder Beschränkungen bestimmter Medien mehr.“³³⁹ Der Verzicht auf spezielle Vorschriften, die Wahl und Form des Werbeträgers reglementieren, ist zurückzuführen auf die auf das oben angeführte Apothekenwerbeurteil³⁴⁰ bezugnehmende Rechtsprechung des BVerfG, mit der auch für diese Berufsgruppe regelmäßig anerkannt wird, dass aus dem Werbeträger allein nicht auf eine Gefährdung des jeweiligen Gemeinwohlbelangs, hier der Gesundheit der Bevölkerung, oder mittelbar auf einen Schwund des Vertrauens der Öffentlichkeit in die berufliche Integrität der Ärzte geschlossen werden kann, solange sich die Werbemittel im Rahmen des Üblichen bewegen und auch nicht aufdringlich sind.³⁴¹ Dementsprechend besteht auch bei dieser Berufsgruppe mediale Werbefreiheit derart, dass ein Arzt ebenso wie ein Angehöriger der rechts- und steuerberatenden Berufe alle gebräuchlichen Werbemedien verwenden darf, sofern er sich nach den allgemeingültigen Vorgaben der §§ 27 ff. MBO richtet.³⁴²

Angesichts der großen Zurückhaltung der Ärzte in ihrem generellen Werbeverhalten gibt es im Bereich der Medienwerbung kaum dies bestätigende Rechtsprechung. Die von der aktuellen Literatur vorgenommene Bewertung der Zulässigkeit möglicher medialer Marketingaktivitäten orientiert sich daher an den bestehenden Vorgaben für die Medienwerbung bei den anderen Freiberuflern. Die in dem Kontext der vom BVerfG zum freiberuflichen Werberecht ergangenen Entscheidungen

³³⁷ Siehe oben, S. 39 – Ausführlich zur Sachlichkeit der Arztwerbung siehe *Bahner*, Werberecht für Ärzte, S. 67 ff.

³³⁸ In MüKo, § 4 Nr. 11, Rn. 170.

³³⁹ Ebenso wurde Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 89/552/EWG, der ein Verbot der Werbung für ärztliche Behandlungen im Fernsehen vorsah, im Zuge der Reformierung zur Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (vgl. Fn. 635) gestrichen.

³⁴⁰ Siehe S. 26 ff.

³⁴¹ BVerfG, Entsch. v. 08.01.2002 – 1 BvR 1147/01, NJW 2002, S. 1331 (1332); Urt. v. 18.02.2002 – 1 BvR 1644/01, WRP 2002, S. 521 (522); Urt. v. 26.08.2003 – 1 BvR 1003/02, WRP 2003, S. 1209 (1211); Urt. v. 26.09.2003 – 1 BvR 1608/02, GRUR 2004, S. 68 (70); vgl. MüKo/*Schaffert*, § 4 Nr. 11, Rn. 170. Siehe auch die Auflistung unter Ziff. 1 der Hinweise und Erläuterungen zu den §§ 27 ff. der MBO (siehe Fn. 333).

³⁴² MüKo/*Schaffert*, § 4 Nr. 11, Rn. 170; Köhler/Bornkamm/*Köhler*, § 4, Rn. 11.110; *Jänich*, in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 67, Rn. 73 f. – Die Auslegungsgrundsätze zu den § 27 ff. der MBO 2002 stellen unter Ziff. 2 dementsprechend klar: „Alle Werbeträger, wie z.B. Praxisschild, Briefbogen, Rezeptvordrucke, Internetpräsentationen, Anzeigen werden gleich behandelt. Auch Hörfunk- und Fernsehwerbung ist als grundsätzlich zulässig anzusehen; allerdings kommt es auch hier auf die konkrete Ausgestaltung von Form, Inhalt und Umfang im Einzelfall an.“

werden so – unter Berücksichtigung der besonderen Bedeutung des bei den Ärzten für Werberestriktionen einschlägigen Schutzzwecks der Volksgesundheit – in ihren Grundsätzen regelmäßig auch auf die Werbung dieser Berufsgruppe angewendet.³⁴³

a) Printmedien

Zeitungsanzeigen und sonstige Inserate mit der Angabe der Praxisadresse und weiteren patientenrelevanten Informationen sind genauso wie die Verteilung von Praxis- und Werbebroschüren als grundsätzlich zulässig anerkannt.³⁴⁴ Ärzte dürfen sich dabei in allen möglichen Formen und Arten überregional werbend darstellen, wobei die Größe der Annonce bzw. Broschüre sowie die Erscheinungsfrequenz keinerlei Begrenzungen mehr unterworfen sind.³⁴⁵ Ebenso ist ein besonderer Anlass nicht mehr erforderlich.³⁴⁶

Zulässig ist ferner die Veröffentlichung von Aufsätzen medizinischen Inhalts, solange die Mitwirkung des Arztes an aufklärenden Veröffentlichungen auf sachliche Informationen begrenzt ist.³⁴⁷ Dem Arzt ist grundsätzlich auch nicht verwehrt, selbst in Zeitungsartikeln über Behandlungs- und Operationsmethoden zu informieren bzw. potenzielle Patienten über die Vorzüge einer bestimmten Operationsmethode aufzuklären.³⁴⁸ In diesem Zusammenhang hervorzuheben ist ein Urteil des BVerfG vom 13. Juli 2005, in dem die Formulierung eines Artikels über eine Behandlungs- und Operationsmethode, dass frisch Operierte mit Klinikmitarbeitern „ein Tänzchen wagten“, noch nicht zur Einstufung eines Textes als „reißerisch“ und damit unsachlich im Sinne des § 27 MBO führte.³⁴⁹ Eingeräumt hat das Gericht dabei, dass die streitgegenständliche Formulierung für sich zwar ohne sachlichen Gehalt sein möge.³⁵⁰ Jedoch seien solche Formulierungen deshalb für Patienten von Interesse, weil sie positive Wirkungen für das emotional geprägte Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten hätten.³⁵¹ Die gewählte Formulierung trage zur weiteren Verdeutlichung dessen bei, was die besondere Errungenschaft der be-

³⁴³ *Balzer*, Arzt- und Klinikwerberecht, S. 258.

³⁴⁴ MüKo/*Schaffert*, § 4 Nr. 11, Rn. 170; *Babner*, Werberecht für Ärzte, S. 73 f.

³⁴⁵ *Babner*, Werberecht für Ärzte, S. 124 f. So werden z.B. großformatige Fotos von 15x22 cm bzw. 20x18 cm noch nicht als grundsätzlich unüblich angesehen; vgl. *Babner*, Werberecht für Ärzte, S. 159 mit Verweis auf VG Frankfurt, NJW-RR 2002, S. 1064 ff.; grds. auch BVerfG, WRP 2002, S. 521 ff. A.A. *Philipp*, Werbemöglichkeiten der Ärzte, S. 89, der lediglich eine wöchentliche Schaltung mit einer maximalen Anzeigengröße von 6 cm für zulässig hält und eine entsprechende Normierung in der MBO fordert.

³⁴⁶ Köhler/Bornkamm/*Köhler*, § 4, Rn. 11.105; *Babner*, Werberecht für Ärzte, S. 123.

³⁴⁷ *V. Jagow*, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl I, Rn. 25; *Lehmker*, § 4 Nr. 11, Rn. 138; beide m.w.N.

³⁴⁸ *V. Jagow*, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl I, Rn. 24. Ausführlich zu Presseberichten auch *Balzer*, Arzt- und Klinikwerberecht, S. 281 ff.

³⁴⁹ BVerfG, Entsch. v. 13.07.2005 – 1 BvR 191/05, NJW 2006, S. 282 (283).

³⁵⁰ BVerfG, NJW 2006, S. 282 (283).

³⁵¹ BVerfG, NJW 2006, S. 282 (283).

schriebenen Operationsmethode, nämlich den schonenden Umgang mit dem Patienten, ausmache.³⁵² Aus der Werbewirksamkeit einer dieses verdeutlichenden Aussage folge demnach noch nicht, dass die Annonce insgesamt als „anreißerisch“ zu qualifizieren sei.³⁵³ Diese Bewertung verdeutlicht anschaulich die immer weitergehende Liberalisierungstendenz des BVerfG bei der Zulässigkeit freiberuflicher Werbung, hier am Beispiel eines indirekt werbenden Zeitungsberichtes.

b) Hörfunk, Fernsehen und Kino

Auch bei den Ärzten existiert im Bereich der Radio-, Fernseh- und Kinowerbung wenig einschlägige Judikatur. Außer der sich aus dem Apothekenwerbeurteil ergebenden Feststellung der grundsätzlichen Zulässigkeit von sachlicher Werbung in diesen Medien wurden weiterführende Grundsätze, aus denen sich hilfreiche Grenzziehungen oder Einzelheiten zur möglichen werblichen Ausgestaltung im Einzelfall ergeben könnten, von der Rechtsprechung noch nicht entwickelt.

Das BVerfG hat nur am Rande in einem Urteil aus 2002 ausgeführt, dass es sich mit Gemeinwohlinteressen nicht begründen lasse, warum ein Arzt seine Patienten nicht über den Hörfunk von einer Änderung seiner Praxiszeiten in Kenntnis setzen dürfe.³⁵⁴ Demgegenüber hatte es in einer sehr frühen Entscheidung noch ausgeführt, dass eine zu verhindernde Verfälschung des ärztlichen Berufsbildes dann eintreten würde, wenn ein Arzt die in der gewerblichen Wirtschaft üblichen Werbemethoden verwende.³⁵⁵ Vom OLG München wurde desweiteren eine Fernsehwerbung eines Arztes zwar als Verstoß gegen §§ 1, 3 UWG a.F. beurteilt, dies allerdings wegen unzutreffender inhaltlicher Aussagen des Arztes.³⁵⁶ Das Landesberufsgericht für Heilberufe Münster³⁵⁷ hat ferner die Mitwirkung eines Schönheitschirurgen an einer Fernsehsendung nicht als Werbung i.S.d. MBO qualifiziert.³⁵⁸ Ärzte dürfen insofern anerkannterweise auch im Fernsehen Werbespots schalten und an aufklärenden medizinischen Beiträgen mitwirken.³⁵⁹

³⁵² BVerfG, NJW 2006, S. 282 (283).

³⁵³ BVerfG, NJW 2006, S. 282 (283).

³⁵⁴ WRP 2002, S. 521 (523).

³⁵⁵ Urt. v. 11.02.1992 – 1 BvR 1531/90, NJW 1992, S. 2341 (2342). – Diesbezüglich fragt *Balzer* (Arzt- und Klinikwerberecht, S. 263) jedoch berechtigterweise, worin die Gefahr für die Volksgesundheit liege, wenn ein Arzt seine sachliche Radiowerbung mit dezenter Begleitmusik – als Beispiel für eine gewerbliche mediale Werbemethode – unterlege. Eine solch restriktive Sichtweise würde dazu führen, dass in der Fernsehwerbung beispielsweise lediglich ein Standbild mit dem Inhalt einer Visitenkarte oder Praxisbroschüre gezeigt werden könne (ebenda, S. 262).

³⁵⁶ OLG München, ArztR 1996, S. 107 f.

³⁵⁷ Entsch. v. 25.04.2007, NJW 2007, S. 3144 ff.

³⁵⁸ OVG Münster, NJW 2008, S. 3144 (3145 f.).

³⁵⁹ Siehe zu ärztlichen Medienauftritten auch *Babner*, Werberecht für Ärzte, S. 159 f. sowie *Balzer*, Arzt- und Klinikwerberecht, S. 279 ff.

Problematisch war bei einer solchen ärztlichen Darstellung bislang jedoch § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 HWG a.F., nach dem außerhalb der Fachkreise³⁶⁰ u.a. für medizinische Verfahren und Behandlungen nicht mit der bildlichen Darstellung von Personen in der Berufskleidung oder bei der Ausübung der Tätigkeit von Angehörigen der Heilberufe, des Heilgewerbes oder des Arzneimittelhandels geworben werden durfte. Nachdem das BVerfG aber urteilte, dass das HWG nur dann mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG im Einklang stehe, solange ihm im Bereich der Selbstdarstellung der Ärzte keine eigenständige Bedeutung beigemessen werde,³⁶¹ gab der BGH seine vorherige Rechtsprechung, wonach das ärztliche Werberecht grundsätzlich hinter dem Schutzzweck des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 HWG a.F. zurücktrete,³⁶² ausdrücklich auf und entschied bezüglich der Abbildung eines Arztes in der typischen weißen Berufskleidung und bei beruflicher Tätigkeit, dass der Tatbestand dieser heilmittelwerblichen Verbotsvorschrift zusätzlich voraussetze, dass die Werbung geeignet sei, das Laienpublikum unsachlich zu beeinflussen und dadurch zumindest eine mittelbare Gesundheitsgefährdung zu bewirken.³⁶³

Aus diesem Grund sah das VG Gießen³⁶⁴ folgerichtig eine schriftliche Rüge der zuständigen Landesärztekammer gegen einen Werbefilm mit der Darstellung eines Facharztes bei Patientengesprächen und Untersuchungshandlungen als unzulässigen Eingriff in dessen Berufsausübung an.³⁶⁵ Das VG Gießen entschied, dass der streitgegenständliche Werbefilm nicht gegen § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 HWG a.F. verstoße, da dessen Inhalt nach der vorgenannten Rechtsprechung des BVerfG grundrechtsfreundlich im Kontext des gesamten Inhalts auszulegen sei.³⁶⁶ Dieser enthalte bei der anzustellenden Gesamtbetrachtung keine Werbung, die geeignet sei, das Laienpublikum unsachlich zu beeinflussen und dadurch zumindest eine mittelbare Gesundheitsgefährdung zu bewirken.³⁶⁷ Sofern nicht mit einer konkreten Behandlungsmethode geworben, sondern nur eine in der Darstellung sachlich gehaltene Imagewerbung gezeigt werde, sprach demnach auch aus Sicht des VG Gießen § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 HWG a.F. nichts gegen einen persönlichen Fernsehauftritt der Ärzte.³⁶⁸

³⁶⁰ Fachkreise sind nach § 2 HWG Angehörige der Heilberufe oder des Heilgewerbes, Einrichtungen, die der Gesundheit von Mensch oder Tier dienen, oder sonstige Personen, soweit sie mit Arzneimitteln, Medizinprodukten, Verfahren, Behandlungen, Gegenständen oder anderen Mitteln erlaubterweise Handel treiben oder sie in Ausübung ihres Berufes anwenden. Siehe hierzu auch unten, S. 199.

³⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 30.04.2004 – 1 BvR 2334/03, NJW 2004, S. 2660 f.

³⁶² BGH, Urteil v. 26.10.2000 – I ZR 180/98, NJW-RR 2001, S. 684.

³⁶³ BGH, Urteil v. 01.03.2007 – I ZR 51/04, WRP 2007, S. 1088 (1090). Siehe hierzu auch unten, S. 197.

³⁶⁴ Beschl. v. 14.11.2007 – 21 BG 1275/07, MedR 2008, S. 761 ff.

³⁶⁵ Siehe die Sachverhaltsdarstellung im Urt. v. 14.11.2007, MedR 2008, S. 761 (761 f.).

³⁶⁶ VG Gießen, MedR 2008, S. 761 (762).

³⁶⁷ VG Gießen, MedR 2008, S. 761 (763).

³⁶⁸ VG Gießen, MedR 2008, S. 761 (763). So auch *Balzer*, Arzt- und Klinikwerblich, S. 263. A.A. *Philipp*, Werbemöglichkeiten der Ärzte, S. 106, der bereits die Schaltung eines Werbespots zur

Unter Bezugnahme auf die dieser Entscheidung maßgeblich zugrundeliegende BGH-Rechtsprechung³⁶⁹ hat der deutsche Gesetzgeber mit der 16-AMG-Novelle den § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 HWG a.F. jedoch ersatzlos gestrichen.³⁷⁰ Auch insofern gibt es zumindest keinen juristischen Grund mehr, warum die Mediziner faktisch immer noch auf entsprechend ausgestaltete Werbung im Fernsehen, Radio oder Kino verzichten.

c) Internet

In der früheren Fassung der MBO 2000 war normiert, dass im Internet sachliche Informationen, die im Zusammenhang mit der Erbringung ärztlicher Leistungen stehen sowie organisatorische Hinweise zur Patientenbehandlung nur zulässig sind, wenn dabei eine berufswidrig werbende Herausstellung des Arztes und seiner Leistungen unterbleibt.³⁷¹ Mit der aktuellen Fassung der MBO ist die Werbung im Internet dagegen ohne spezielle Reglementierungen zulässig.³⁷²

Auch ein Arzt darf demnach auf seiner Homepage seine Praxis ebenso wie seine Laufbahn mitsamt aller erworbenen Qualifikationen und Tätigkeitsschwerpunkten präsentieren sowie sonstige praxisbezogene Hinweise geben; ferner werden medizinische Hintergründerläuterungen oder Gesundheitstipps als zulässig angesehen.³⁷³ Ist eine ärztliche Behandlung entscheidend durch die Wahl des Wirkstoffes geprägt, kann ein Arzt bei der Bewerbung einer speziellen Behandlung auch deren Wirkstoff erwähnen.³⁷⁴ Zu speziellen weiteren, dem Arzt im Internet möglichen Werbemaßnahmen siehe ausführlich unten.³⁷⁵

Information bei Änderung der Praxiszeiten von Ärzten für typische kommerzielle Werbung hält und als berufswidrige Werbung qualifiziert.

³⁶⁹ S. Fn. 363.

³⁷⁰ Siehe die amtliche Begründung in BT-Drucks. 17/9341 v. 26.04.2012, S. 70. – Die bildliche Darstellung von Personen in der Berufskleidung oder bei der Ausübung der Tätigkeit von Fachkreisangehörigen wird nurmehr durch das neu gefasste Verbot fachlicher Empfehlungen aus § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG begrenzt. Siehe zur Reformierung des HWG durch die 16. AMG-Novelle unten, S. 194 sowie die Nachweise in Fn. 866.

³⁷¹ So die Regelung des Abschnitt D I Nr. 5 Abs. 1 der MBO 2000. – Ausführlich zu dieser Vorgängerregelung *Balzer*, Arzt- und Klinikwerberecht, S. 166 ff.

³⁷² Ausführlich zu Präsentation und Grenzen von Arztwerbung im Internet siehe *Kazemi*, MedR 2005, S. 17-22.

³⁷³ *Bahner*, Werberecht für Ärzte, S. 140 m.w.N.; *Kazemi*, MedR 2005, S. 17 (20).

³⁷⁴ So steht das Recht des Arztes auf werbliche Selbstdarstellung dem Verbot einer Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel nicht entgegen, wenn der Arzt in einer Anzeige neben anderen Behandlungsmethoden eine „Faltenbehandlung mit Botox“ aufführt, BVerfG, Entsch. v. 30.04.2004 – 1 BvR 2334/03, GRUR 2004, S. 797 (798). – Siehe hierzu auch unten, S. 211.

³⁷⁵ Siehe S. 95 ff.

4. Ergebnis

Mit der aktuellen Fassung der MBO kommt auch im ärztlichen Berufsrecht deutlich erkennbar zum Ausdruck, dass den Ärzten Ankündigungen mit werbenden Charakter unabhängig von der Art des gewählten Mediums grundsätzlich erlaubt sind, da in dieser die Veröffentlichung sachlicher Informationen zu Werbezwecken nicht mehr auf bestimmte Werbemedien begrenzt wird. Dies gilt gemäß den dem § 27 MBO weithin entsprechenden Bestimmungen für die Zahn- und Tierärzte auch für diese Berufsgruppen.

Ärztliche Werbung, die im Radio, Fernsehen oder im Kino präsentiert wird, ist daher nicht ohne weiteres unzulässig, wenngleich diese Werbeträger für die Ärzte immer noch unüblich sind.³⁷⁶ Werbeaktivitäten durch Fernseh- und Radiospots sind fast gar nicht zu finden; Printwerbung geht kaum über die Angabe der nötigsten Informationen hinaus und wird ebenso eher selten genutzt. Nur die Homepages der Ärzte enthalten – als moderne Form der Praxisbroschüre – vermehrt tiefergehende Informationen und weiterführende Erläuterungen zu den möglichen Behandlungsmethoden. Insgesamt werden aber auch Jahre nach der abschließenden Liberalisierung des ärztlichen Werberechts die zur Patientenakquirierung bestehenden medialen Möglichkeiten durch die Berufsangehörigen noch nicht im vollumfänglichen Maße genutzt.

IV. Apotheker

1. Einleitung

Auch die Apotheker gehören traditionell zu den freien Berufen, da sie durch die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln und der damit verbundenen Beratung eine öffentliche Aufgabe höherer Art erfüllen.³⁷⁷ Die Wahrnehmung der öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung ist dementsprechend in § 1 des Gesetzes über das Apothekenwesen (ApoG) festgeschrieben und durch ein gesetzliches Monopol gesichert.³⁷⁸ Verschreibungspflichtige Arzneimittel dürfen im Einzelhandel nach §§ 43, 48 Arzneimittelgesetz (AMG) nur in Apotheken in den Verkehr gebracht werden.³⁷⁹ Desweiteren müssen nach § 15 ApoBetrO die zur Sicherstellung einer

³⁷⁶ Grund wird sein, dass Ärzte ihre Patienten vornehmlich aufgrund regionaler Erreichbarkeit in Kombination mit mündlichen Weiterempfehlungen zufriedener Patienten akquirieren oder diese schlicht überwiesen bekommen. Alteingesessene und „laufende“ Praxen bedürfen darum kaum der Werbung, so dass von dieser eher nur mäßig erfolgreiche oder neu beginnende Ärzte Gebrauch machen müssen.

³⁷⁷ So erstmals BVerfGE 17, 232 (239 f.). – Siehe auch ausführlich den geschichtlichen Überblick über die Entwicklung von Beruf und Organisation der Apotheker bei *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 167 ff.

³⁷⁸ BVerfGE 94, 372 (374).

³⁷⁹ Siehe zur Begründung des Apothekenmonopols für verschreibungspflichtige Arzneimittel *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe, S. 172.

ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung notwendigen Medikamente vorrätig gehalten werden und es muss gewährleistet sein, dass nicht vorhandene Arzneimittel kurzfristig beschafft werden können.³⁸⁰ Daneben ist der Apotheker aber auch Gewerbetreibender, da seine Tätigkeit zudem die Beratung und den Verkauf von rezeptfreien Medikamenten und von Produkten des sog. Randsortiments³⁸¹ erfasst, welche von anderen gewerblichen Unternehmen des Einzelhandels ebenfalls angeboten werden.³⁸²

2. Grundsätzliche Anforderungen an die Apothekerverbung

Die Besonderheit, dass der Apotheker sowohl Angehöriger der freien Berufe als auch Gewerbetreibender ist, hat auch das werbliche Verhalten dieser Berufsgruppe geprägt und zu unterschiedlichen Regulierungen geführt: Sofern für Arzneimittel geworben werden soll, gelten zunächst die allgemeinen gesetzlichen Werbebeschränkungen des HWG.³⁸³ Auf die diesen Tatbeständen des HWG unterfallende Produkt- bzw. Absatzwerbung für Medikamente wird unten im Rahmen der produktspezifischen Werbeverbote näher eingegangen.³⁸⁴

Die als Unternehmens-, Vertrauens- oder auch Imagewerbung bezeichnete allgemeine Werbung der Apotheken wird dagegen ebenso wie die Werbung für Waren des Randsortiments von den Regelungen des HWG nicht erfasst.³⁸⁵ Für eine solche Werbung gelten die Beschränkungen aus den Berufsordnungen der Landesapothekerkammern, die – wie die Berufsordnungen für Rechtsanwälte und Ärzte – den Berufsangehörigen bestimmte Werbeeinschränkungen auferlegen.³⁸⁶ Allerdings gibt es bei den Apothekern keine Musterberufsordnung, so dass die einschlägigen Nor-

³⁸⁰ Vgl. BVerfGE 94, 372 (374).

³⁸¹ Dies sind die sog. „apothekenüblichen Waren“, die nach § 2 Abs. 4 ApoBetrO neben den apothekenpflichtigen Waren vertrieben werden dürfen. Dazu zählen gem. § 1a Abs. 10 Ziff. 2 ApoBetrO vor allem Mittel und Gegenstände, die der Gesundheit von Menschen unmittelbar dienen oder diese fördern sowie Mittel zur Körperpflege und Gesundheitspflege gem. § 1a Abs. 10 Ziff. 3 ApoBetrO. Hierunter fallen vornehmlich Produkte der Körper- und Gesundheitspflege, Schönheitsprodukte, diätische Lebensmittel und Säfte sowie Mittel, die sämtlich im Zusammenhang mit sportlicher Betätigung gebraucht werden, siehe BVerfGE 94, 372 (374 f.).

³⁸² BVerfGE 94, 372 (375).

³⁸³ Siehe hierzu die Kurzzusammenfassung unten, S. 198 ff.

³⁸⁴ Siehe S. 192 ff.

³⁸⁵ MüKo/Schaffert, UWG § 4 Nr. 11, Rn. 208. – Sofern gezielt für einzelne dem Anwendungsbereich nach § 1 HWG unterfallende Produkte geworben wird, findet natürlich auch das HWG auf die Absatzwerbung der Apotheker Anwendung. In dem Anwendungsbereich des HWG wird jedoch vorwiegend Herstellerwerbung betrieben, auf die im Rahmen der Ausführungen zum HWG eingegangen wird (s. S. 192 ff.).

³⁸⁶ MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 177. – Das Gesetz über das Apothekenwesen (= ApoG) enthält lediglich die für den Betrieb einer Apotheke maßgebenden Vorschriften. Die genaueren Anforderungen an den Apothekenbetrieb im Einzelnen regelt die Apothekenbetriebsordnung (ApoBetrO). – Beide Regelwerke enthalten jedoch keine Regelungen bezüglich der Werbung, so dass auf diese hier nicht weiter eingegangen wird.

men der jeweiligen Berufsordnungen der einzelnen Länder unterschiedliche Formulierungen für die durch sie erlaubten Werbemaßnahmen enthalten. In der Gesamtschau zeigt sich jedoch, dass die die Werbung regelnden Vorschriften im Grundsatz immer sowohl irreführende als auch unsachliche Maßnahmen untersagen. Dass die Werbebeschränkungen der Berufsordnungen derart kohärent sind, liegt daran, dass sie alle auf der vom BVerfG in der Apothekenwerbeentscheidung ausgesprochenen Zielsetzung beruhen, dass mit ihnen in einem legitimen Rahmen das Ziel zu verfolgen sei, auch durch Beschränkungen der Werbung dem Arzneimittelfehlgebrauch entgegenzuwirken und die ordnungsgemäße Berufsausübung zu stärken.³⁸⁷ Die Grenze zur unzulässigen Werbung sei überschritten, wenn die Werbung Anlass zu Zweifeln an der Sicherstellung der Arzneimittelversorgung durch den Apotheker und dessen beruflicher Integrität gäbe und bei den Verbrauchern auf eine Vernachlässigung der dem Apotheker obliegenden Pflichten hindeute.³⁸⁸ In den Berufsordnungen sind vor dem Hintergrund dieser Aussagen so übergreifend Regelungen vorhanden, die nach Form, Inhalt und Häufigkeit übertriebene Werbung verbieten. Nicht erlaubt werden ferner regelmäßig irreführende Aussagen und solche, die einen Fehlgebrauch von Arzneimitteln begünstigen.³⁸⁹

Gleichzeitig hat das BVerfG aber auch hervorgehoben, dass Apotheker zugleich Kaufleute sind, die beim Absatz der nicht-apothekenpflichtigen Waren im freien gewerblichen Wettbewerb stehen. Werbung für nicht-verschreibungspflichtige Arzneimittel und für das Randsortiment dürfe deswegen nicht schon deshalb als unzulässig angesehen werden, wenn der Apotheker dieselben Werbemethoden und -medien verwende, die üblicherweise auch von anderen Gewerbetreibenden beim Vertrieb der gleichen Artikel zum Tragen kämen.³⁹⁰ Aus diesem Grund wird die verbotene Werbung in den Berufsordnungen der Länder – anders als bei Ärzten oder Rechtsanwälten – nicht auf „sachliche Informationen“ über die berufliche Betätigung beschränkt, sondern durch unbestimmte Rechtsbegriffe wie „übertrieben“, „unangemessen“, „geeignet zur Förderung des Fehlgebrauchs“ definiert.³⁹¹

Dieser Unterschied zur Werbung der „reinen“ Freiberufler ist in der Praxis mittlerweile aufgrund der fortgeschrittenen Werbeliberalisierung nur noch marginal.

³⁸⁷ BVerfG, GRUR 1996, S. 899 (903).

³⁸⁸ BVerfG, GRUR 1996, S. 899 (903).

³⁸⁹ V. Jagow, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl I, Rn. 37; Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.115.

³⁹⁰ BVerfG, GRUR 1996, S. 899 (903 f.) – Ausdrücklich hebt das BVerfG hervor, dass das Werbeverhalten des Handels Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Werbung des Apothekers hat. Diejenige Werbung, die noch unterhalb der im seriösen Einzelhandel aktuell üblichen Werbemaßnahmen liegt, könne (soweit das Warenangebot insoweit in Konkurrenz steht) berufsrechtlich nicht untersagt werden, siehe BVerfG, GRUR 1996, S. 899 (903).

³⁹¹ So explizit auch BVerfG, GRUR 1996, S. 899 (903). Vgl. auch Hasselblatt, in Gloy/Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Auflage, München 2005, § 51, Rn. 30.

Vielmehr kann hinsichtlich des Inhalts medienunabhängiger Werbemaßnahmen auf die bereits dargestellten freiberuflichen Werbemöglichkeiten verwiesen werden.³⁹²

3. Apothekerverbung in den Medien

Für die Werbung der Apotheker in den Medien hat das Bundesverfassungsgericht bereits 1996³⁹³ eine letztlich für alle Freiberufler richtungweisende Grundsatzentscheidung erlassen und deren Werberecht neu definiert. Die entsprechenden Aussagen hinsichtlich der medienpezifischen Werbemöglichkeiten der Apotheker und die darauf basierende Weiterentwicklung für alle freien Berufe wurden oben bereits dargelegt.³⁹⁴ Wie aus den bisherigen Ausführungen ersichtlich, beruht die mediale Werbeliberalisierung sämtlicher Freiberufler auf dieser einen Entscheidung. Aufgrund der klaren Vorgaben des Gerichts ist es nicht überraschend, dass die Berufsordnungen der einzelnen Landesapothekerkammern nunmehr 15 Jahre später keine medienpezifischen Regelungen mehr enthalten. Es verbleibt nur zu prüfen, ob die Apotheker die gewährte Werbefreiheit auch in vollem Umfang ausnutzen können oder ob – und gegebenenfalls aus welchen Gründen – eben doch Werbung in bestimmten Medien nicht stattfindet.

a) Printmedien

Als Folge der obigen Grundsatzentscheidung bestehen in den apothekerlichen Berufsordnungen keine speziellen Regelungen mehr für die Printwerbung. Das BVerfG hat diesbezüglich explizit ausgeführt, dass die Frage, wann eine Anzeigenwerbung übertrieben ist, sich nicht allein an der Größe des Inserats ohne weiteres festmachen lasse. „Dem Schutz der Berufsfreiheit kann vielmehr nur durch eine Würdigung aller maßgeblichen Umstände angemessen Rechnung getragen werden. Format, Auflage und Leserkreis der Zeitung können dabei ebenso bedeutsam sein wie ihr Charakter und ihre Aufmachung.“³⁹⁵ Bezüglich der Häufigkeit stellt das Gericht aber anheim zu beachten, dass Apotheker mit ihrem Warenangebot in Konkurrenz zu sonstigen Berufsgruppen stünden und darum gerade in Zeitungsanzeigen vermehrt werben müssten.³⁹⁶ Insofern bedürfe es einer genauen Darlegung, inwiefern eine bestimmte Häufigkeit von Zeitungsanzeigen pro Monat auf den Konsumenten massiv einwirke und den Eindruck vermittele, dass die Ausweitung des Warenumsatzes im Vordergrund stünde.³⁹⁷

³⁹² Siehe diesbezüglich umfassend auch *Sucker*, Apotheke und Werbung sowie *Zerres*, Apothekenrecht, S. 114-133; ferner *Goerke/Köber*, Wettbewerbsrecht für Apotheker, S. 19-85; *Tisch*, Apotheke im Wettbewerb, S. 11-102.

³⁹³ Beschluss v. 22.05.1996 – 1 BvR 744/88, 1 BvR 60/89, 1 BvR 1519/91 (s. Fn. 107).

³⁹⁴ Siehe S. 26 ff.

³⁹⁵ BVerfG, GRUR 1996, S. 899 (904).

³⁹⁶ BVerfG, GRUR 1996, S. 899 (904).

³⁹⁷ BVerfG, GRUR 1996, S. 899 (904).

Auch hinsichtlich der inhaltlichen Zulässigkeit nahm das BVerfG einen Vergleich mit gewerblicher Zeitungswerbung vor und sah Produktabbildungen³⁹⁸ oder Signets³⁹⁹ ebenso als zulässig an wie anpreisende Anmerkungen⁴⁰⁰, die das Interesse der Verbraucher an den in der Anzeige vorgestellten Produkten wecken sollen.⁴⁰¹ Ferner hat es eine Zeitungsanzeige richtigerweise mit der Begründung nicht untersagt, sie beschränke sich darauf, auf die Lage der Apotheke in einem Einkaufszentrum aufmerksam zu machen und enthalte keine unzulässigen Reklame- oder Anpreisungselemente.⁴⁰² Desweiteren wurde einem Apotheker vorgeworfen, seine Berufspflichten dadurch verletzt zu haben, in einer Anzeige mit einer Größe von 6 x 5,5 cm im redaktionellen Teil einer Lokalzeitung von ihm vertriebene Hustenbonbons beworben zu haben.⁴⁰³ Auch diese Werbung wurde vom BVerfG mit der Begründung als zulässig angesehen, die Anzeige sei nach Größe und Gestaltung unauffällig und enthalte nur geringfügige Elemente von Reklame und Anpreisung.⁴⁰⁴

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass die Apotheker nach insofern kohärenter obergerichtlicher Rechtsprechung für ihre Produkte mit Hilfe von Printwerbung ohne feste Grenzen werben dürfen, solange im Rahmen der die nötige Zurückhaltung bestimmenden Kriterien Form, Inhalt und Häufigkeit das Vertrauen der Bevölkerung in die berufliche Integrität des werbenden Apothekers und die gesicherte Versorgung mit Arzneimitteln nicht tangiert wird.

b) Hörfunk, Fernsehen und Kino

Auch bei Hörfunk, Fernsehen und Kino handelt es sich um zulässige Werbemedien, die dem Apotheker nicht grundsätzlich von vornherein verwehrt werden können. Auch hier gilt: erst wenn eine Werbemaßnahme im Einzelfall unter der Gesamtwürdigung aller Umstände das Bild des Apothekers in der Öffentlichkeit gefährdet oder den Mehr- oder Fehlgebrauch von Arzneimitteln begünstigt, kann sie als übertrieben untersagt werden.⁴⁰⁵ Ab wann eine solche Werbung als unzulässig beurteilt

³⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 20.08.1996, 1 BvR 364/89, Rn. 18 (juris).

³⁹⁹ BVerfG, NJW 1996, S. 3070 (3. Leitsatz).

⁴⁰⁰ BVerfG, NJW 1996, S. 3070 (3071). Es wurden Produkte mit den Aussagen „aus ausgewählten biologischen Rohstoffen“, „hautverträglich, preisgünstig und stets frisch“, die „Natur hat's in sich“, und „hübsches Weihnachtspräsent“ angepriesen, siehe ebenda, S. 3070.

⁴⁰¹ Vgl. die Darstellung von Reichelt, WRP 1997, S. 1133 (1137).

⁴⁰² BVerfG, Beschl. v. 12.09.1996 – 1 BvR 1677/92, Rn. 20 (juris). Die verfahrensgegenständliche Anzeige mit einer Größe von 18,3 x 4,5 cm erstreckte sich über die volle Breite einer Zeitungsseite, die mit Werbeanzeigen von Einzelhandelsgeschäften eines Einkaufszentrums gefüllt war, siehe die Sachverhaltsdarstellung in Rn. 3 (juris). – Siehe hierzu auch die Anmerkungen von Reichelt, WRP 1997, S. 1133 (1137).

⁴⁰³ BVerfG, Beschl. v. 12.09.1996 – 1 BvR 461/92 (juris). Es waren die Aufschriften von vier Dosen abgebildet, Abgabemenge und Preis genannt sowie Lage („Ihr Apotheker bei Post und Bahnhof“), Adresse und Telefonnummer der Apotheke mit Name des Inhabers angegeben, siehe die Sachverhaltsdarstellung in Rn. 3 (juris).

⁴⁰⁴ BVerfG, Beschl. v. 12.09.1996 – 1 BvR 461/92, Rn. 18 f. (juris).

⁴⁰⁵ So für Rundfunkspots Reichelt, WRP 1997, S. 1133 (1138), der jedoch eine Gefahr darin sieht, dass eine in diesen Medien erfolgende Werbung angesichts der im Regelfall nur regionalen Bedeutung

wird, kann jedoch nicht sicher gesagt werden, da – soweit ersichtlich – bisher kein Gericht eine Apothekenwerbung in diesen Medien zu beurteilen hatte. Dies liegt höchstwahrscheinlich daran, dass auch die Apotheker – ebenso wie die anderen hier behandelten Freiberufler – eher auf die Werbemedien Presse (in Form von Anzeigen und Zeitungsbeilagen) und Internet zurückgreifen und höchstens wohl eine Radiowerbung im Einzelfall regional ausgestrahlt wird bzw. eine Kinowerbung in kleineren Kinos stattfindet. Da zudem die Werbung – wie oben ausgeführt⁴⁰⁶ – nicht zwingend in sachlicher Form gehalten werden muss, besteht für die Berufsangehörigen ergänzend die Möglichkeit, direkter am Ladengeschäft durch Schaufensterwerbung, Werbetafeln, Verkaufsschütten zu werben sowie bei der stärker vorhandenen Laufkundschaft mit Warenproben, Geschenktalern und sonstigen Werbebeschenken Kundenakquirierung und -pflege zu betreiben. Einen Rückgriff auf Radio, Fernsehen und Kino bedarf es insofern bei den Apothekern weniger als bei den anderen Freiberuflern.

c) Internet

Um wettbewerbsfähig zu bleiben, präsentieren viele Apotheker ihr Unternehmen und die von ihnen angebotenen Dienstleistungen auch im Internet. Dieses steht ihnen im allgemein gegebenen Rahmen auch offen, da in den Berufsordnungen der Länder keine Normen zu finden sind, die sich speziell mit den Internetauftritten der Apotheken befassen. So ist lediglich zu beachten, dass die Homepagepräsentation weder einen übertriebenen noch einen anreißerischen oder marktschreierischen Charakter hat und die Aufmachung nicht irreführend ist, also inhaltlich zutrifft und dem Informationsbedürfnis der Kunden Rechnung trägt.

Interessanterweise findet sich so gut wie keine Rechtsprechung, die sich mit der Gestaltung von Apotheker-Homepages im Einzelnen befasst hat. Dieses wird zum einen daran liegen, dass das Bundesverfassungsgericht bereits 1996 mit aller Deutlichkeit dargelegt hat, dass den Apothekern ein breites Werbespektrum zuzusprechen ist und auch gewerbliche Werbemittel in allen Medien grundsätzlich zulässig sind. Das hat letztlich dazu geführt, dass die später aufkommende Homepagewerbung und ihre jeweilige Gestaltung im Einzelfall nicht besonders kritisch betrachtet worden ist. Zum anderen greifen hier die gleichen Überlegungen wie bei der Fernseh- und Hörfunkwerbung: Schwerpunkt der Apotheker ist sicherlich die Werbung mittels gegenständlicher Werbemaßnahmen in Form von Verkaufsschütten etc. direkt vor Ort.

einer Apotheke in ihrer Intensität oder Häufigkeit übertrieben wirken könne, wenn Umfang oder Reichweite der Werbung in einem unangemessenen Verhältnis zur lokalen Bedeutung der Apotheke stehe. – Weder Häufigkeit noch „regionale Bedeutung“ sind aber verfassungsgerichtlich zulässige Kriterien, aufgrund derer eine Werbemaßnahme als übertrieben untersagt werden kann. Dies höchstens nur dann, wenn in irreführender Weise über Größe oder Umsatz des apothekerlichen Betriebes informiert wird. Siehe hierzu übergreifend unten, S. 105.

⁴⁰⁶ Siehe S. 82.

Vorrangig auf das Internet als Werbemedium zur zielgerichteten Kundenakquirierung zurückgreifen werden so nur die „Online-Apotheken“, die sowohl verschreibungspflichtige als auch verschreibungsfreie Arzneimittel im Versandwege vertreiben.⁴⁰⁷ Im Wege des Versandes dürfen Arzneimittel nur dann in den Verkehr gebracht werden, sofern der Apotheker über eine Versandhandelserlaubnis nach § 43 Abs. 1 S. 1 AMG, § 11a ApoG verfügt. Diese Erlaubnis knüpft aber gem. § 11a Ziff. 1 ApoG an eine allgemeine Apothekenbetriebserlaubnis an. Das heißt, der Versand erfolgt als „Sondervertriebsweg“ grundsätzlich nur aus einer bestehenden Apotheke mit üblichem Publikumsbetrieb. Eine isolierte Versandapotheke, die von einer normalen öffentlichen Apotheke losgelöst ist (und für die dann mangels einschlägiger Regelungsnorm wohl einzig das UWG anwendbar wäre), soll es nach dem Willen des Gesetzgebers nicht geben.⁴⁰⁸ Folglich unterfällt auch die Unternehmens- und Imagewerbung der Online-Versandapotheken regelmäßig den Vorschriften der Apothekenkammer, in dessen Bundesland die den Versandbetrieb betreibende Apotheke ansässig ist.⁴⁰⁹ Da reine Versandapotheken ohne den sog. „Offizinbetrieb“ nicht zulässig sind,⁴¹⁰ gelten folglich auch für deutsche Online-Apotheken ausnahmslos die aus den Grundsätzen der jeweiligen Berufsordnungen folgenden, bereits dargestellten Kriterien.⁴¹¹

4. Ergebnis

Dadurch, dass das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1996 klargestellt hat, dass auch ein Apotheker nicht nur Angehöriger eines freien Berufes, sondern zugleich Kaufmann ist und als solcher werbend auf sich aufmerksam machen darf, hat es die Berufsangehörigen unter angemessener Berücksichtigung der besonderen öffentlichen Aufgaben ihres Berufsstandes vor allem in Bezug auf die Werbung für apothekenfreie Arzneimittel und Waren des Randsortiments mit den mit ihnen in Konkurrenz stehenden Kaufleuten gleichgestellt.⁴¹² Die meisten Apothekenkammern haben die früher höchst restriktiven Werberegungen ihrer Berufsordnungen entsprechend der verfassungsgerichtlichen Vorgaben gelockert und durch einen regel-

⁴⁰⁷ Dieses wurde ab dem 01.01.2004 ermöglicht durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz) vom 14.11.2003, BGBl. I, S. 2190.

⁴⁰⁸ So *Kieser*, Apothekenrecht, S. 67 m.w.N.

⁴⁰⁹ Für die Produktwerbung von Internet-Apotheken ist zudem das HWG einschlägig. Siehe hierzu *Reinhart/Meistererst/Meyer*, Recht der Apothekenpraxis, S. 162 sowie umfassend *Gelissen*, Arzneimittelwerbung im Internet, 2008.

⁴¹⁰ *Kieser*, Apothekenrecht, S. 67.

⁴¹¹ Anders ist dies bei ausländischen Online-Apotheken wie dem niederländischen „DocMorris“-Unternehmen. Da jedoch Einigkeit darüber besteht, dass bei einer eindeutigen Ausrichtung an den deutschen Markt sowie bei dessen zielgerichteter Bewerbung im Internet deutsches Recht anwendbar ist, ist auch DocMorris ebenso wie vergleichbare Anbieter an die Vorgaben des HWG und des UWG gebunden. Siehe hierzu auch *Mand*, WRP 2003, S. 192 (192).

⁴¹² *Reichelt*, WRP 1997, S. 1133 (1139).

mäßigen Verweis auf die Reglementierungen des UWG den konkurrierenden Gewerbetreibenden weitgehend angepasst.⁴¹³ Im Ergebnis gilt damit für apothekerliche Werbung in den Medien die gleichen Grenzen wie für die Unternehmenswerbung der Gewerbetreibenden. Bleiben medienspezifische Werbemaßnahmen der Apotheker in diesem zeitlich bedingten Veränderungen ausgesetzten Rahmen, sind sie berufsrechtlich nicht zu beanstanden.

V. Ergebnis und zusammenfassende Beurteilung

1. *Allgemeine Feststellungen*

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die aktuellen Fassungen der freiberuflichen Berufsgesetze und Berufsordnungen mittlerweile allesamt hinsichtlich der durch sie zugelassenen Werbemedien, aber auch hinsichtlich der Voraussetzungen für den damit kommunizierten Inhalt den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts aus der Apothekenwerbeentscheidung entsprechen. Die jeweils einschlägigen Regelungen enthalten alle den nunmehr gängigen Passus, nach dem die Berufsangehörigen unter weitgehend gleichen Voraussetzungen werben dürfen, nämlich wenn es sich dabei um berufsbezogene Informationen handelt, die nach Form und Inhalt sachlich und bei den rechts- und steuerberatenden Berufen nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet sind. Solange sie zudem nicht irreführend oder unwahr sind, darf der Berufsangehörige demzufolge im Rahmen seiner Werbetätigkeit in inhaltlicher Hinsicht Angaben jeglicher Art machen. Neben den gemeinhin geltenden Kriterien der Sachlichkeit und Irreführung sind keine zusätzlichen spezifischen Zulässigkeitsvoraussetzungen bei der Verwendung bestimmter Werbeträger mehr vorhanden. Im Gegenteil – keine Norm und auch keine konkretisierende Satzung nimmt noch direkt Bezug auf einzelne Werbeträger und -medien, sondern es werden nur diese allgemeinen, generell geltenden Maßstäbe vorgegeben.

Auch wird sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Kommentarliteratur – von den wenigen dargestellten Ausnahmen im Einzelfall abgesehen – grundsätzlich erkannt, dass eine dementsprechende Werbung in allen Medien stattfinden darf. Die auch diesbezüglich in der Apothekenwerbeentscheidung vorgegebenen Grundlagen werden bei der Auslegung der freiberuflichen Werbenormen weitestgehend berücksichtigt. Der Berufsangehörige darf sich bei der Gestaltung seiner

⁴¹³ So definiert beispielsweise § 12 Abs. 3 der Berufsordnung für Apotheker in Hessen unzulässige Werbemaßnahmen als solche, die von der Allgemeinheit deswegen als unlauter angesehen werden, weil sie nach dem UWG verboten sind. Nach der Berufsordnung für Apotheker der Landeskammer Rheinland-Pfalz ist Wettbewerb gem. § 15 ebenso verboten, soweit er unlauter ist. Ebenso verbietet § 19 der Berufsordnung der Apothekerkammer Niedersachsen berufswidrige Wettbewerbshandlungen. Definiert werden diese u.a. als solche Maßnahmen, die nach den Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verboten sind. Auch nach § 14 Abs. 1 der Berufsordnung der Apothekerkammer Berlin haben die Apotheker das allgemeine Wettbewerbsrecht zu beachten. Siehe hierzu auch unten, S. 137 sowie Fn. 621.

Werbung so aller werblichen Stilmittel bedienen und mit deren Hilfe die Werbemaßnahme medienspezifisch aufbereiten. Einzig für die Notare ist dieses aufgrund der mit ihrer besonderen Stellung als öffentliches Amt begründeten und immer noch restriktiv gefassten Werbenorm weiterhin strittig; hier stehen klärende Entscheidungen noch aus, die einer weiteren Liberalisierung den Weg bereiten könnten.

Damit entspricht das freiberufliche Werberecht in seiner Gesamtheit auch den Anforderungen der seitens der EG erlassenen sog. „Dienstleistungsrichtlinie“.⁴¹⁴ Deren Ziel ist es, grenzüberschreitende Dienstleistungen durch den Abbau von zwischenstaatlichen Hemmnissen zu erleichtern und den Binnenmarkt für Dienstleistungen zu vollenden. Vor diesem Hintergrund haben die Mitgliedstaaten u.a. nach Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie sämtliche absoluten Verbote der kommerziellen Kommunikation für reglementierte Berufe aufzuheben. Nach Art. 24 Abs. 2 ist Werbung zuzulassen, soweit diese die Würde und Unabhängigkeit des Berufsstandes beachtet sowie Ständeregeln wie z.B. die Schweigepflicht einhält. Berufsrechtliche Regeln, die die kommerzielle Kommunikation beschränken, müssen dabei nicht-diskriminierend, durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt und verhältnismäßig sein. Was unter einem absoluten Werbeverbot im Sinne des Art. 24 Abs. 1 zu verstehen ist, konkretisiert Erwägungsgrund 100 der Dienstleistungsrichtlinie. Danach sind solche Verbote gemeint, die kommerzielle Kommunikation „allgemein und für ganze Berufsgruppen in einer oder mehreren Formen untersagen, beispielsweise ein Verbot von Werbung in einem bestimmten Medium oder in einer Reihe von Medien.“

Da diese Vorgaben – wie die in diesem Teil vorgenommene Bearbeitung gezeigt hat – auf nationaler Ebene in Deutschland aufgrund der bereits zehn Jahre vorher ergangenen Apothekenwerbeentscheidung des BVerfG in den Berufsgesetzen und -ordnungen schon vollumfänglich umgesetzt sind, zeigt Art. 24 der Dienstleistungsrichtlinie insofern keine direkten Auswirkungen mehr; die vorhandenen Werberegungen der freien Berufe sind grundsätzlich mit diesem Artikel vereinbar.⁴¹⁵ Es ist

⁴¹⁴ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 v. 27.12.2006, S. 36. – Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.05.2005 (ABl. L 149 v. 11.06.2005, S. 22; „UGP-Richtlinie“) findet demgegenüber keine Anwendung, da sie gem. Art. 3 Abs. 8 alle Niederlassungs- oder Genehmigungsbedingungen, berufsständischen Verhaltenskodizes oder andere spezifische Regeln für reglementierte Berufe (siehe hierzu die Definition in Art. 2 Abs. 1) unberührt lässt, „damit die strengen Integritätsstandards, die die Mitgliedstaaten den in dem Beruf tätigen Personen nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts auferlegen können, gewährleistet bleiben.“ Bezüglich der freiberuflichen Werbung kann ihr somit nur durch richtlinienkonforme Auslegung der Normen des UWG Rechnung getragen werden (siehe hierzu Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.84 sowie generell unten, S. 133 ff). Im übrigen enthält die Richtlinie auch keine medienspezifischen Vorgaben an die bezweckte Vollharmonisierung der mitgliedstaatlichen Vorschriften über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr.

⁴¹⁵ So auch *Kießling/Müller*, BRAK-Mitt. 2008. S. 5 (8) sowie *Waschkan*, EU-Dienstleistungsrichtlinie, S. 218, 226 und 230, welcher zudem im Zuge dessen die Abschaffung des Verbots der Einzelmandatswerbung des § 43b BRAO für erforderlich hält.

lediglich zu erwarten, dass die nationale Rechtsprechung wegen der Dienstleistungsrichtlinie insgesamt auch von europarechtlicher Seite zu einer (noch) liberaleren Handhabung der freiberuflichen Werbevorschriften gezwungen wird, insbesondere im Falle der strittigen notariellen Medienwerbung.⁴¹⁶

2. Ergebnis zur freiberuflichen Pressewerbung

Der Mangel an direkten medienpezifischen Normierungen hat allerdings zur Konsequenz, dass teilweise bestimmte Details in der Ausgestaltung der freiberuflichen Medienwerbung strittig sind. Dies zeigt sich insbesondere bei dem in der Praxis immer noch üblichsten Werbemittel, der Pressewerbung. So dürfen etwa die Rechtsanwälte, Ärzte und Apotheker alle möglichen Formen und Arten von Anzeigen verwenden, ohne dass deren Größe sowie Erscheinungshäufigkeit einer Reglementierung unterliegen. Trotzdem wird vereinzelt vertreten, dass die Größe einer Annonce im Einzelfall eine marktbeherrschende Stellung suggerieren könne und somit zu einer unsachlichen Selbstanpreisung führe.⁴¹⁷ Auch wurde eine Unzulässigkeit teilweise bereits darin gesehen, dass dieses Werbemittel anders als üblich platziert wurde.⁴¹⁸ Bei den Steuerberatern dagegen war bis vor kurzem von Gesetzes wegen bei der Beurteilung der Reklamehaftigkeit durchaus auch die Häufigkeit des Erscheinens zu beachten;⁴¹⁹ den Notaren wird sogar noch ein besonderer Anlass für eine Zeitungsanzeige abverlangt.⁴²⁰

Dies zeigt beispielhaft für die gesamte freiberufliche Medienwerbung, dass im Zusammenhang mit der Form das Kriterium der „sachlichen Werbung“ teilweise restriktiver ausgelegt wird als beim Inhalt der Werbung. Damit wird deutlich, dass der vom Bundesverfassungsgericht als zulässiges Kriterium vorgegebene Sachlichkeitsgrundsatz bei der Beurteilung von freiberuflicher Werbung im Schrifttum und teilweise von den einfachen Gerichten zwar beachtet, aber berufs- und medienpezifisch unterschiedlich verstanden wird. Auffällig ist, dass zumeist zwei Gegenpole existieren: eine konservativ-restriktive Meinungsgruppe, die einzelne Medien generell für unzulässig oder zumindest dort übliche Formen bzw. spezielle werbliche Ausgestaltungen nur in sehr eingeschränktem Umfang für zulässig hält, und eine sehr liberale Gegenposition, die medienübergreifend nahezu jede Beschränkung in Art, Größe und Häufigkeit ablehnt. Von den gesetzlichen Vorgaben wird das engere Verständnis aber nicht getragen, die dortigen Voraussetzungen an zulässige Werbung sind – wie festgestellt – mittlerweile kohärent und berufsübergreifend liberal.

⁴¹⁶ *Waschkau*, EU-Dienstleistungsrichtlinie, S. 233 f. und *Kühling/Müller*, BRAK-Mitt. 2008. S. 5 (10).

⁴¹⁷ So *MüKo/Ernst*, UWG Anh. §§ 1-7 H, § 43b BRAO, Rn. 31; siehe hierzu bereits oben, S. 44.

⁴¹⁸ So das OLG Frankfurt (Fn. 193), siehe oben, S. 44.

⁴¹⁹ Siehe oben, Fn. 235.

⁴²⁰ Siehe oben, S. 63 ff.

3. Ergebnis zur freiberuflichen Radio-, Fernseh- und Kinowerbung

Auch nach der mittlerweile über ein Jahrzehnt zurückliegenden Abschaffung der grundsätzlichen Werbeverbote der Freiberufler handelt es sich bei der Werbung in Radio, Fernsehen und Kino immer noch um „Neuland“⁴²¹ für alle Freiberufler, sowohl in tatsächlicher als auch in judikativer Hinsicht. Anders als bei den zahlreichen, sich dafür aber zum Teil widersprechenden Literaturmeinungen und Urteilen bezüglich freiberuflicher Werbung in den Printmedien ist trotz überwiegend anerkannter und verfassungsgerichtlich proklamierter grundsätzlicher Zulässigkeit dortiger Werbung in der einfachgerichtlichen Rechtsprechung und darauf basierend auch im Schrifttum⁴²² noch weitgehend ungeklärt, ob und unter welchen Voraussetzungen die konkrete Ausgestaltung und zeitliche Häufung eine Werbeaktivität in diesen Medien unzulässig werden lässt.

In logischer Konsequenz des immer wieder angeführten Grundsatzes, dass eine dem Medium entsprechende Ausgestaltung der Werbung zugelassen werden muss, dürfen den Freiberuflern aber nicht die für diese Medien typischen Mittel der Aufmerksamkeitswerbung abgeschnitten werden.⁴²³ Vielmehr müssen sie auch Hörfunk- oder Fernsehwerbespots sowohl in der diesen Werbeträgern entsprechenden häufigen Wiederholungsrate als auch mit den für diese Medien typischen Gestaltungsmittel schalten dürfen. Eine der Form nach unsachliche Werbung kann erst angenommen werden, wenn die äußere Form einer Werbemaßnahme so stark im Vordergrund steht, dass ihr Inhalt sichtbar dahinter zurückbleibt.

Diese weite Grenzziehung kann jedoch insofern problematisch sein, als gerade bei Werbepots im Fernsehen oder Radio die Gefahr besteht, aufgrund der größeren Suggestivwirkung des gesprochenen Wortes und bewegten Bildes die Grenze zur Unsachlichkeit eher zu überschreiten als mit einem vergleichbar offensiven Werbestil in anderen Medien oder Werbeträgern. Die für die Bild- und Tonmedien charakteristische Vergänglichkeit der Botschaft und die wegen mitunter immenser Kosten gebotene zeitliche Kürze der Werbemaßnahmen können schnell zu reißerisch formulierten Anpreisungen und ungenauen und damit unsachlichen Darstellungen über Tätigkeit und Befähigungen führen. Eine damit vielleicht nur im Kern der werblichen Aussagen vorhandene Unsachlichkeit wirkt durch die in diesen Medien regelmäßig gegebene hohe Intensität der Darstellung auf den konsumierenden Verbraucher wesentlich stärker als es bei den gleichen Angaben z.B. in einer Printanzeige der Fall wäre, die ein Konsument ohne weiteres überlesen bzw. überschlagen

⁴²¹ So *Balzer*, Arzt- und Klinikwerberecht, S. 258.

⁴²² Lediglich *Prütting* (in *Henssler/Prütting*, § 43b, Rn. 38) schlägt vor, dass der Gefahr, durch Wiederholungen suggestive Wirkungen zu erzeugen, dadurch begegnet werden könne, dass die Werbeaussage variiert werde und so durch die größere Vielfalt der Informationen diese wieder in den Vordergrund gerückt werde. – Inwieweit eine solche Produktion von unterschiedlichen Spots jedoch für den Freiberufler (allein schon aus finanziellen Aspekten) sinnvoll ist, bleibt bei diesem Vorschlag jedoch fraglich.

⁴²³ So *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 68; *Feuerich/Weyland*, § 43b, Rn. 24; *Kleine-Cosack*, *Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe*, Rn. 282.

kann. Gerade die über das Fernsehen und Radio verbreiteten Informationen werden zudem – anders als im Internet – nicht vom Benutzer selbst gezielt abgefragt, sondern ihm unaufgefordert präsentiert. Zusätzlich ist gerade in diesen Medien die Wirksamkeit einer Werbebotschaft regelmäßig auf eine möglichst häufige Wiederholung ausgerichtet. Die besondere Eignung des Fernsehens, Radios und Kinos für emotional und suggestiv wirkende Botschaften erfordert insofern eine erhöhte Sorgfalt des Freiberuflers bei der Ausgestaltung und Sendefrequenz von Werbespots, mit denen im Rahmen des Sachlichkeitsgebotes die Aufmerksamkeit des Hörers oder Zuschauers auf die eigene Tätigkeit gelenkt werden soll.

Vor diesem Hintergrund wäre es sicherlich hilfreich, wenn es Rechtsprechung und Literatur gelungen wäre, die von den freiberuflichen Werbenormen geforderte „Sachlichkeit“ für die Medienwerbung entweder im Rahmen einer gefestigten Spruchpraxis näher zu konkretisieren oder in der Kommentarliteratur positiv zu umschreiben.⁴²⁴ Im aktuellen Zustand können die Gerichte immer wieder – je nach Einzelfall und Ansicht des Richters – die Grenzen der Sachlichkeit neu definieren und das mediale Werbeverhalten der Freiberufler durch Einzelfallentscheidungen mittelbar lenken. Da auch erstinstanzliche Urteile von der Kommentarliteratur oftmals ungeprüft übernommen werden, hat in letzter Konsequenz jede einzelne Entscheidung langfristige Auswirkungen auf das Werbeverhalten der jeweiligen Berufsgruppe, wahrscheinlich sogar auf das aller Freiberufler. Dies ist bereits eindrucksvoll geschehen bei der Radiowerbung der Rechtsanwälte, welche das OLG München⁴²⁵ nur als sehr begrenzt zulässig angesehen hat, wodurch die gesamte Werbung aller Freiberufler in diesem Medium von der Kommentarliteratur überwiegend nur in dem in dieser einen Entscheidung vorgegebenen Rahmen als zulässig eingestuft wurde.⁴²⁶ Dementsprechend liegt die Vermutung nahe, dass auch in Zukunft in vergleichbarer Weise in den ähnlich intensiv auf den Adressaten einwirkenden Medien Radio, Fernsehen und Kino regelmäßig mangels liberalerer Beispielsurteile nur die Art von Informationswerbung erlaubt werden wird, die in ihrer Ausgestaltung der Nüchternheit der üblichen Printwerbung gleichkommt.

Sinnvoll wäre es daher, in den Berufsordnungen der Freiberufler für das jeweilige Medium angepasste Vorgaben und Leitlinien vorzugeben, in denen die Zulässigkeit medialer Werbung und die Grenzen der Sachlichkeit spezifisch konkretisiert werden, um mehr Anwendungs- und Rechtssicherheit für die Zukunft zu schaffen

⁴²⁴ Die zur Konkretisierung des Sachlichkeitsgebotes regelmäßig verwendeten Begriffe der Vermeidung einer „Kommerzialisierung des Berufes“, „Verfälschung des Berufsbildes“ und der „Reklamhaftigkeit“ sind schwer eingrenzbar und kaum geeignet, die sachliche von der unsachlichen Werbung abzugrenzen; siehe hierzu bereits oben, S. 13 ff.; ähnlich auch *Böhmlein*, in Feuerich/Weyland, § 43b, Rn. 18 f.

⁴²⁵ Urt. v. 23.04.1998 – 29 W 1015/98, AnwBl 1998, S. 478 (478); siehe hierzu bereits oben, S. 45 f.

⁴²⁶ Dies wirkt sich insofern besonders negativ aus, da neben der Kinowerbung gerade die regionale Radiowerbung für die freiberufliche Werbung interessant ist, weil diese mit vergleichsweise geringen Kosten gezielt einen Adressatenkreis anspricht, der dem Einzugsgebiet für Mandaten und Patienten entspricht.

und um dem Freiberufler die Gelegenheit zu geben, mit einem Blick die Möglichkeiten der Realisierung seines Werbevorhabens in Radio, Fernsehen und Kino zu erfassen. Denkbar wären hier beispielsweise für das Radio Angaben über Häufigkeit und Länge erlaubter Spots und der möglichen akustischen Elemente. Gleiches gilt für die Spotlänge und -frequenz im Rahmen von Fernseh- und Kinowerbung; ferner wäre die Klarstellung hilfreich, dass zwar Hintergrundmusik, aber keine auf Effekt abzielende Geräusche oder ähnliche Aufmerksamkeit erregende Einspielungen verwendet werden dürfen.

4. Ergebnis zur freiberuflichen Internetwerbung

Auch bei der Internetwerbung der Freiberufler besteht aufgrund der dort vorhandenen verschiedenartigen, im Prinzip die Eigenarten aller Medien verbindenden Werbe- und Darstellungsformen keine gefestigte Spruchpraxis. Hauptsächlich die Zulässigkeit der Homepagegestaltung durch Angaben bzw. Elemente, die bereits für die Anzeigenwerbung bzw. für Praxisbroschüren als zulässig betrachtet wurden, war bisher Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen und Kommentierungen der einschlägigen Literatur.

Folglich wären auch hier Reglementierungen dahingehend hilfreich, bei welcher internetspezifischen Darstellungsform das Erscheinungsbild so weit im Vordergrund steht, dass das Sachlichkeitsgebot durch eine entsprechende Werbemaßnahme per se nicht gewahrt ist. Als Grundlage für derart konkretisierende Hilfestellungen soll die nachfolgende Darstellung dienen, welche die freiberufsrechtliche Zulässigkeit der neuen, die Eigenarten der audiovisuellen Medien kombinierenden Darstellungsformen und Werbemöglichkeiten im Internet näher beleuchten soll.

D. Berufsübergreifende Beschränkungen freiberuflicher Werbung im Internet

Im folgenden werden die internetspezifischen Beschränkungen freiberuflicher Werbung näher betrachtet. Wie oben bereits festgestellt, ist nach der Apothekenwerbeentscheidung allen Freiberuflern innerhalb der Kriterien der Sachlichkeit und Vermeidung der Irreführung eine berufsbezogene Werbung in diesem Medium grundsätzlich erlaubt.⁴²⁷ Für die einzelnen Internetwerbformen noch bedeutsamer, weil generalisierungsfähig, ist die in dieser Entscheidung ebenfalls zu findende Aussage des Gerichts, dass ein berufsrechtliches Werbeverbot nicht mit der bloßen Unüblichkeit einer Werbung nach Form, Art oder Inhalt begründet werden könne.⁴²⁸ Durch die sich stetig verändernde Wahrnehmung und Beurteilung der Verbraucher unterliege es zeitbedingten Veränderungen, welche Werbformen im gewerblichen

⁴²⁷ Siehe die Darstellung oben, S. 26 ff.

⁴²⁸ Siehe oben, S. 34.

Handel, aber auch bei den Freiberuflern als üblich, als angemessen oder als übertrieben zu bewerten seien. Demnach sei es unzulässig, von neuartigen Werbeträgern automatisch auf die Gefährdung schutzwürdiger Gemeinwohlbelange und damit auf die Unzulässigkeit einer Werbemaßnahme insgesamt zu schließen. Was also im Internet als „übliche“ und zulässige freiberufliche Werbung zu betrachten sei, sei nach der aktuellen Auffassung der beworbenen Zielgruppe als Adressat des Werbeauftritts zu beurteilen.⁴²⁹

Ob diese in ihrer Konsequenz sehr weitreichenden Feststellungen nunmehr über ein Jahrzehnt später auch weiterhin Bestand haben oder ob nicht der stetige Fortschritt im Internet, der sowohl neue technische Möglichkeiten als auch ein verändertes aktives Nutzungsverhalten der Verbraucher mitsamt liberalisierter Akzeptanz medienpezifischer Werbeformen hervorgebracht hat, eine andere Beurteilung zur Sicherung der mit den Werbereglementierungen verfolgten Gemeinwohlzwecke (Schutz des Vertrauens der Bevölkerung in die jeweilige freiberufliche Tätigkeit) erforderlich machen, soll nachfolgend untersucht werden.

I. Aktuelle Möglichkeiten der Internetwerbung

Da den Freiberuflern die Nutzung des Internets für die werbende Darstellung erlaubt ist, müssen sie grundsätzlich auch berechtigt sein, sich der Mittel zu bedienen, welche dort üblicherweise für eine effektive Werbung verwandt werden. Die Grenze der Sachlichkeit kann also nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten dieses Mediums gefunden werden. Diesbezüglich sind nochmals die erstmals für Ärzte ergangenen und seitdem uneingeschränkt für alle Freiberufler Geltung beanspruchenden Aussagen des BVerfG⁴³⁰ hervorzuheben, die den Einfluss der Besonderheiten des Internets für freiberufliche Werbemaßnahmen maßgebend bewertet haben: Das Medium Internet rechtfertige es aus Sicht der Verfassungsrichter nicht, die Grenzen für die erlaubte freiberufliche Selbstdarstellung enger zu ziehen. Die werbliche Darstellung im Internet dürfe deswegen nicht strenger behandelt werden, weil sie sich als „passive Darstellungsform“ – anders als in den übrigen Medien – nicht unaufgefordert aufdränge, sondern eines aktiven Aufrufs durch den Nutzer bedürfe. Eine unaufgeforderte Beeinflussung durch die Werbung wie durch Anzeigen in Zeitschriften oder Werbespots im Fernsehen und Radio entsteht nicht, weil es vom Internetnutzer selber abhängt, ob er die entsprechende Seite aufruft und die dortigen Informationen zur Kenntnis nimmt. Deswegen wird regelmäßig eine aufdringliche, belästigende und damit unsachliche Werbung erst später angenommen als vergleichsweise in den Printmedien.

⁴²⁹ Siehe ebenda.

⁴³⁰ BVerfG v. 17.07.2003, NJW 2003, S. 2818; darauf verweisend BVerfG 26.08.003, NJW 2003, S. 3470 sowie bezugnehmend BGH, Entsch. v. 09.10.2003, WRP 2004, 221 (223). Siehe hierzu bereits oben S. 33.

Der Judikatur sind jedoch nur wenige über diese grundsätzliche Bewertung hinausgehenden Aussagen darüber zu entnehmen, wie weitreichend die Werbemöglichkeiten der Freiberufler im Internet im Einzelnen sind und inwiefern eine „passive Werbung“ nicht mehr vorliegt, wenn sich die werblichen Informationen nicht nur auf den freiberuflichen Homepages selbst finden, sondern auch als Werbung auf berufsfremden Seiten, etwa durch Werbebanner, Pop-Ups oder Interstitials geschaltet werden. Vor dem Hintergrund, dass es außerhalb der freiberuflichen Homepage durchaus internetspezifische Werbeformen gibt, die sich auch aktiv dem Nutzer aufdrängen, erschwert dieses den Berufsangehörigen, die Zulässigkeit ihres geplanten Internetauftritts verlässlich einzuschätzen. Durch die damit gegebene Unsicherheit wird – sicherlich auch aus standesrechtlichen Bedenken oder Angst vor wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen von Konkurrenten – auf bisher im Internet nicht übliche Werbeformen verzichtet. Ziel dieses Teils soll es insofern auch sein, zu untersuchen, welche internetspezifischen Werbeformen für die Freiberufler berufsübergreifend zulässig sind.

1. Freiberufliche Werbeformen auf der eigenen Homepage

Bereits bei der nach den Berufsgruppen getrennten Darstellung der medienspezifischen Werbemöglichkeiten wurde festgestellt, dass für die freiberuflichen Homepages Beschränkungen hinsichtlich Darstellung und Umfang der übermittelten Informationen unstrittig nicht bestehen, sofern die dortigen Angaben ähnlich wie bei einer Praxisbroschüre oder Anzeige sachliche, berufsbezogene und nachprüfbar Informationen enthalten. Da das Internet aber über weitergehende stilprägende Eigenarten und Darstellungsmöglichkeiten verfügt, die über eine reine Text- und Bild-darstellung hinausgehen, ist zu prüfen, welche spezifischen modernen Werbemöglichkeiten den Berufsangehörigen im Einzelnen noch möglich sind.

a) Corporate Website

Unter dem sog. „Corporate Design“ versteht man die gesamte optische Gestaltung des öffentlichen Auftritts des Freiberuflers. Dazu gehört die Verwendung bestimmter Logos und Briefköpfe oder sonstiger Gestaltungselemente mit Wiedererkennungswert ebenso wie die optische Aufmachung der Homepage mitsamt dem Layout und den verwendeten Farben, Fotos, Verzierungen, etc..⁴³¹ Während es früher ausreichend war, eine Homepage überhaupt zu unterhalten, sind heute Design des Auftritts, die Benutzerfreundlichkeit durch klare Strukturierungen und der Wiedererkennungswert entscheidend für die Güte einer Homepage.⁴³²

Schon die grundlegende optische Gestaltung ist Gegenstand von rechtlichen Kontroversen, in denen den Freiberuflern zum Teil recht abstrakte Grenzen gesetzt werden. So sollen laut *Steinbeck*⁴³³ unangemessene Übertreibungen bei der Größe

⁴³¹ Hoß, AnwBl 2002, S. 377 (384).

⁴³² Borowski, ZAP Fach 23, S. 819 (820).

⁴³³ NJW 2003, S. 1481 (1484).

der Fotos und bei der Wahl der Farben als Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot zu bewerten seien. Diese Auffassung wird jedoch von *Härtling/Steinbrecher*⁴³⁴ als „unzulässige Geschmacksjurisprudenz“ kategorisch abgelehnt mit der Begründung, dass in der Konsequenz sämtliche unangemessene und übertriebene Gestaltungsmittel als unzulässig angesehen werden müssten. Die Autoren argumentieren zu Recht: „Ebenso wenig wie „röhrende Hirsche“ in einem Besprechungszimmer die Seriosität eines Berufsstandes in Frage stellen, ist dies bei geschmacklich verirrten Gestaltungselementen auf Websites der Fall.“⁴³⁵ Da auch für Layout und optische Gestaltung einer Website durch Farbgebung und Verwendung von Fotos die oben dargelegten höchstrichterlich entwickelten Grundsätze uneingeschränkt gelten, ist dieser ablehnenden Haltung gegenüber einer lediglich mit dem vorgeschobenen Argument der Sachlichkeit begründeten reinen Geschmackskontrolle uneingeschränkt zuzustimmen. Dem Freiberufler muss es grundsätzlich erlaubt sein, seine Homepage vielfarbig zu gestalten oder sich auf Programmiersprachen wie z.B. Java oder Flash basierender visueller Elemente zu bedienen, um die medienpezifischen Besonderheiten des Internets auszunutzen.⁴³⁶ Auch darf die Homepage beispielsweise das Panorama der Stadt, in welcher die freiberufliche Niederlassung liegt, abbilden oder bei entsprechendem kulturellem Engagement des Freiberuflers eine virtuelle Ausstellung mit Bildern von jungen Künstlern enthalten.⁴³⁷ Optische Beschränkungen beim „Corporate Design“ der freiberuflichen Homepage sind demnach nicht gegeben. Als inhaltlich unsachlich angesehen wird nur, wenn auf der Homepage des Freiberuflers Gewinnspiele veranstaltet werden oder versucht wird, die Besucher als Laienwerber anzuwerben.⁴³⁸

b) Domain-Name

Problematischer ist die Wahl der zu der Homepage gehörenden Domain, da es außer bei den Notaren keine Regelungen gibt, die dies näher bestimmen. Grundsätzlich muss der Domain-Name den Anforderungen des Berufsrechts entsprechen, das

⁴³⁴ AnwBl 2005, S. 10 (12) mit der berechtigten Suggestivfrage, ob dem Kollegen oder Besucher der Homepage allen Ernstes beim Anblick der gewählten farblichen Gestaltung das Auge schmerzen müsse, damit die optische Aufmachung als unangemessen übertrieben bewertet werden könne. „Ist Pink eine unangemessene, Blau eine angemessene Farbe?“; ebenso *Saenger/Rißle*, WRP 2005, S. 1468 (1469); i.E. auch *Schulte/Schulte*, MDR 2002, 585 (586), *Hoß*, AnwBl 2002, S. 377 (384).

⁴³⁵ *Härtling/Steinbrecher*, AnwBl 2005, S. 10 (12).

⁴³⁶ So *Hoß*, AnwBl 2002, 377 (384). – Anschauliche Beispiele hierfür finden sich unter: <http://www.ra-kotz.de> sowie <http://www.meinmietrecht.de> (Zugriff März 2013).

⁴³⁷ OLG Köln, NJW-RR 2001, S. 1570 (1571) zur Panoramawerbung; hierauf auch verweisend *Bahner*, *Werberecht für Ärzte*, S. 140. – Siehe ausführlich zur Zulässigkeit von virtuellen Kunstausstellungen auch *Knorpp*, *Rechtsanwälte im Internet*, S. 65-68 sowie *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1484) m.w.N. und dem Hinweis, dass kein Grund ersichtlich sei, die Unterstützung einer kulturellen Veranstaltung durch finanzielle Mittel (= Sponsoring; siehe diesbezüglich die auf dem Sponsoring-Urteil des BVerfG beruhende Argumentation unten auf S. 110) rechtlich anders zu beurteilen als die Unterstützung eines Künstlers durch Präsentation seiner Werke auf der freiberuflichen Homepage.

⁴³⁸ *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1483); *Knorpp*, *Rechtsanwälte im Internet*, S. 68 f.

heißt die verwendeten Worte dürfen weder irreführend noch selbstanpreisend oder mehrdeutige, unvollständige und unklare Angaben enthalten.⁴³⁹ Unproblematisch zulässig ist so lediglich die Verwendung der Berufsbezeichnung in Verbindung mit dem eigenen Namen.⁴⁴⁰

aa) Alleinstehende Gattungs- und Branchenbezeichnungen

Zur Verwendung von alleinstehenden Gattungs- und Branchenbezeichnungen hat der BGH in der Entscheidung „mitwohnzentrale.de“⁴⁴¹ Kriterien entwickelt. Die mit einem solchen Begriff – zumindest in einem gewissen Rahmen – verbundene Kanalisierung von Kundenströmen und mittelbare Behinderung von Mitbewerbern sei nach diesem Urteil nicht automatisch wettbewerbswidrig, sondern im Wesentlichen nur, wenn der Eindruck eines Monopols hervorgerufen und der Nutzer von einer anderweitigen Suche abgehalten werde.⁴⁴² Erscheine einem Internet-Nutzer die Verwendung einer Suchmaschine zu lästig und gäbe er stattdessen direkt einen Gattungsbegriff als Internet-Adresse ein, so sei er sich nach Auffassung des BGH im Allgemeinen über die Nachteile dieser Suchmethode im Klaren.⁴⁴³ Lade der fragliche Begriff dann nicht zur Annahme einer Alleinstellung des auf diese Weise gefundenen Anbieters ein, erkenne der Internet-Nutzer auch, dass er mit dieser Suchmethode kein vollständiges Bild des Internet-Angebots insgesamt erhalte.⁴⁴⁴ Verzichte er aus Bequemlichkeit auf eine weitere Suche, könne aus Sicht des Gerichts keine unsachliche Beeinflussung durch einen in Form einer Gattungs- oder Branchenbezeichnung gewählten Domainnamen des Freiberuflers gesehen werden. Auch der Vorteil, der demjenigen gegenüber seinen Wettbewerbern zukomme, der als erster um die Registrierung eines beschreibenden Domain-Namens nachsucht, könne grundsätzlich nicht als unlauter angesehen werden.⁴⁴⁵

Somit richtet sich bei den Freiberuflern die Zulässigkeit von Gattungsbegriffen oder Branchenbezeichnungen allein nach dem Prioritätsprinzip und der Rangfolge ihrer Registrierung.⁴⁴⁶ Da der durchschnittliche Verbraucher bei dem Aufruf einer solchen Domain keinen vollständigen oder auch nur repräsentativen Überblick von

⁴³⁹ Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 103.

⁴⁴⁰ Siehe ausführlich Knorpp, Rechtsanwälte im Internet, S. 209-237; Saenger/Rißle, MDR 2005, S. 1381 (1382 ff.); Borowski, ZAP Fach 23, S. 819 (821 f.); ebenso Schmittmann, K&R 2006, S. 67 ff.; für Ärzte Kazemi, MedR 2005, S. 17 (21) sowie älter Steinbeck, NJW 2003, S. 1481 (1485) und Schneider, MDR 2000, S. 133 (137 f.); ders., ZAP Fach 23 (2001), S. 567 (569 f.).

⁴⁴¹ Urt. v. 17.05.2001 – I ZR 216/99, BB 2001, S. 2080-2083.

⁴⁴² BGH, BB 2001, S. 2080 (2082).

⁴⁴³ Der BGH geht dabei von dem Leitbild eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers aus, der das fragliche Werbeverhalten mit einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit verfolge. Dieser sei sich bewusst, dass es auf Zufälle ankommen könne (etwa auf die Schreibweise mit oder ohne Binde- oder Unterstreichungsstrich), ob er auf diese Weise das gesuchte Angebot finde; siehe BGH, BB 2001, S. 2080 (2082).

⁴⁴⁴ BGH, BB 2001, S. 2080 (2081).

⁴⁴⁵ BGH, BB 2001, S. 2080 (2081).

⁴⁴⁶ Borowski, ZAP Fach 23, S. 819 (822).

in dem entsprechenden Bereich tätigen Freiberuflern erwartet, ist die Registrierung von Gattungs- und Branchendomsains zur Kennzeichnung der Internetadresse eines Freiberuflers also grundsätzlich zulässig.⁴⁴⁷

bb) Rechts- oder Fachgebiet als Gattungsbegriff

Sofern der Gattungsbegriff aber – was bei den Freiberuflern regelmäßig der Fall sein wird – ein Rechts- oder Fachgebiet bezeichnen soll, muss dieses Rechtsgebiet der fachlichen Ausrichtung des Freiberuflers entsprechen. Fachanwalts- oder Facharztbezeichnungen als Domain-Namen stehen nur den Berufsangehörigen zu, die wirklich über die als Domainname gewählte Qualifikation verfügen.⁴⁴⁸ Der BGH⁴⁴⁹ hat so z.B. die Adresse „presserecht.de“ für eine auf diesem Gebiet tätige Anwaltskanzlei als zulässig erachtet, unter der neben der Vorstellung einer Kanzlei auch weiterführende Hinweise zum gesuchten Rechtsgebiet aufrufbar waren. Der informierte und verständige Internet-Nutzer würde mit dem Gattungsbegriff „Presserecht“ nicht die ausschließliche Vorstellung verbinden, der hinter diesem Begriff stehende Anbieter würde mit seiner Homepage ausschließlich das Informationsinteresse der Nutzer befriedigen wollen, ohne dabei eigene geschäftliche oder berufsbezogene Werbeinteressen zu verfolgen.⁴⁵⁰ Aufgrund der tatsächlichen Breite des auf der Homepage vorhandenen Angebots, bei dem allgemeine, presserechtlich relevante Informationen mit zusätzlichen Informationen über die Kanzlei des Rechtsanwalts und seine Tätigkeitsschwerpunkte gegeben würden, nahm der BGH einer Irreführungsfahr deswegen nicht an.⁴⁵¹

cc) Domain mit Ortsbereich und Berufsbezeichnung

Auch einen kombinierten Domain-Namen mit Ortsbereich in Verbindung mit Berufsbezeichnung kann der Freiberufler wählen.⁴⁵² Zu beachten hat er dabei nur, dass

⁴⁴⁷ Siehe ausführlich zu irreführenden oder missverständlichen Gattungsbezeichnungen bei Domains *Saenger/Rißke*, MDR 2005, S. 1382 (1383 ff.). – Siehe ebenso die berufsspezifischen Darstellungen bei *Hartung/Römermann/v. Lewinski*, Vor § 6 BerufsO, Rn. 77 ff.; *Böhnlein*, in *Feuerich/Weyland*, § 6 BORA, Rn. 28 f.; *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 103 ff.

⁴⁴⁸ *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 235. – Siehe bspw. nur <http://www.strafanwalt.de> oder <http://www.lungenfacharzt.de> (Zugriff März 2013). Siehe auch für Ärzte die Entscheidungen des Landesberufungsgericht für die Heilberufe München v. 27.11.2002 – LBG-Ä 8/02; LBG-Ä 8/2002, MedR 2003, S. 477 ff.

⁴⁴⁹ BGH, BB 2003, S. 440 (442). Dazu *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 106 mit der zusätzlichen Begründung, dass ein eventueller Irrtum des Nutzers schon durch das bloße Öffnen der Seite umgehend wieder ausgeräumt werde und insofern keine nennenswerte Beeinträchtigung seiner Belange gegeben sei.

⁴⁵⁰ BGH, BB 2003, S. 440 (442).

⁴⁵¹ BGH, BB 2003, S. 440 (442).

⁴⁵² *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 236. – Vgl. LG Duisburg, NJW 2002, S. 2114; a.A. OLG München, NJW 2002, S. 2113 sowie wohl auch ausweislich der Nr. 3.3.2 Abs. 1 der Auslegungsgrundsätze zu § 27 ff. MBO (s. Fn. 333) die Bundesärztekammer (Beispiel dort: www.gynaekologie.Lübeck.de); siehe hierzu kritisch auch *Babner*, *Werberecht für Ärzte*, S. 144.

er nicht über die Größe seiner Kanzlei bzw. Praxis irreführen und insofern nur die Singularform seiner Berufsbezeichnung verwenden darf.⁴⁵³ Auch Phantasiebezeichnungen werden ebenso als grundsätzlich zulässig angesehen.⁴⁵⁴

dd) Sonderfall Domainwahl bei Notaren

Bei den Notaren besteht eine Sonderregelung hinsichtlich der zulässigen Internetadressen in Abs. VII Nr. 7 ihrer Richtlinienempfehlung⁴⁵⁵, nach dem der Notar „in Internet-Domainnamen keine Begriffe verwenden [darf], die eine gleichartige Beziehung zu anderen Notaren aufweisen und nicht mit individualisierbaren Zusätzen versehen sind. Das gilt insbesondere für Internet-Domainnamen, die notarbezogene Gattungsbegriffe ohne individualisierbaren Zusatz enthalten oder mit Bezeichnungen von Gemeinden oder sonstigen geographischen oder politischen Einheiten kombinieren, es sei denn, die angegebene Gemeinde oder Einheit liegt im Amtsbereich keines anderen Notars.“⁴⁵⁶ Begründet wird diese zu den anderen Freiberuflern abweichende Regelung abermals mit der Stellung als öffentliches Amt, mit welcher es unvereinbar sei, „wenn ein einzelner Notar durch Ausnutzung der technischen Beschränkungen des Internets unter Ausschluss aller anderen für sich den aus einer eingängigen Domain resultierenden Aufmerksamkeitsvorsprung in Anspruch nimmt.“⁴⁵⁷ Die Verwendung der Amtsbezeichnung „Notar“ stehe nicht im Belieben des jeweiligen Amtsträgers und es sei ein „Erfordernis einer geordneten Rechtspflege [...], dass der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes in sich überall gleich darstellender Weise nach außen in Erscheinung tritt.“⁴⁵⁸

Zu Recht wird kritisiert, ob durch diese Passage der RL-E per se die Annahme einer Irreführung des Verbrauchers – gerade bei Anwendung des neuen Verbraucherleitbildes – angenommen werden darf.⁴⁵⁹ Es sei nicht verständlich, warum Notaren anders als den sonstigen Freiberuflern die Verwendung von Gattungs- und generischen Bezeichnungen in Domainnamen untersagt werden soll.⁴⁶⁰ Schließlich

⁴⁵³ *Knorrp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 236; *Saenger/Rißke*, MDR 2005, S. 1381 (1383); *Hoff*, AnwBl 2002, S. 377 (381 f.); *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1486).

⁴⁵⁴ *Knorrp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 236; *Saenger/Rißke*, MDR 2005, S. 1381 (1382).

⁴⁵⁵ Siehe hierzu oben, S. 59.

⁴⁵⁶ Eingefügt durch Beschluss der BNotK v. 04.04.2003, DNotZ 2003, S. 393. – Siehe weiterführend dazu auch die Anlage zum Rundschreiben Nr. 26/2003 der Bundesnotarkammer vom 23.05.2003; einzusehen unter <http://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Aufgaben-und-Taetigkeiten/Rundschreiben/Anlagen/2003-26-A.php> (Zugriff Februar 2013).

⁴⁵⁷ Rundschreiben Nr. 26/2003 (s. Fn. 456), hierauf verweisend auch Schippel/Bracker/*Görke*, RLE/BNotK VII, Rn. 28.

⁴⁵⁸ Rundschreiben Nr. 26/2003 mit Verweis auf BGH, DNotZ 1986, S. 186 (187).

⁴⁵⁹ *Eylmann* in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, Rn. 45.

⁴⁶⁰ So *Schuster*, *Werberecht des Notars*, S. 425. – Hinzuweisen ist auch darauf, dass das Niedersächsische Justizministerium unter den Landesjustizverwaltungen eine Umfrage zur Notwendigkeit dieser Regelung mit folgendem Ergebnis durchgeführt hat: 6 Länder befürworteten diese, während 9 Länder von den Notarkammern organisierte einheitliche Web-Auftritte für nicht erforderlich hielten oder mangels konkreter Problemlagen keinen Handlungsbedarf sahen. Quelle: Rundschreiben der Bundesnotarkammer vom 23.05.2003 (s. Fn. 456).

sei die Gefahr einer Irreführung regelmäßig deshalb äußerst gering, weil nach dem Öffnen auch einer notariellen Homepage deren tatsächlicher Inhalt sofort erkennbar wäre.⁴⁶¹ „Soweit zur Rechtfertigung der Richtlinienempfehlung angeführt wird, von einer Domain „notar“ oder „notariat“ gehe eine „anreißerische Wirkung“ aus, ist dies nicht nachzuvollziehen, zumal mit dieser Begründung auch die vom BGH zugelassene Domain („rechtsanwaelte-notar“) hätte abgelehnt werden müssen; eine „anreißerische“ Werbung ist Anwälten und Notaren gleichermaßen untersagt.“⁴⁶² Ob insofern diese neu eingefügte Regelung der Ziff. VII RL-E einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten würde, erscheint zumindest als unsicher.

c) Musik- und Videodarstellungen

Hinsichtlich der Einbettung von Musik- und Videodarstellungen auf der freiberuflichen Homepage gibt es ebenfalls verschiedene Ansichten. Einige Autoren halten Musik und Filmsequenzen ebenso wie anderes „Unterhaltungsmaterial“ komplett für unzulässig.⁴⁶³ Andere Stimmen finden lediglich die Einbettung von Sequenzen aus Kinofilmen unangemessen.⁴⁶⁴ Teilweise wird auch das Einspielen von Unterhaltungsmusik kritisiert,⁴⁶⁵ soweit diese nicht nur im Hintergrund stattfindet.⁴⁶⁶ Je nach Betrachtungsweise sollen Lautstärke, Musikrichtung und Bekanntheit des Interpreten tauglicher Maßstab für die Sachlichkeit des Internetauftritts eines Freiberuflers sein.

aa) Musikuntermalung

Grundsätzlich gilt, dass nicht jede Form der Musikuntermalung von vornherein das Vertrauen der Allgemeinheit in die ordentliche Berufsausübung des Werbenden in Frage stellt und deswegen als berufswidrig einzustufen ist.⁴⁶⁷ Dies wurde bereits für die Rechtsanwaltswerbung im Radio festgestellt.⁴⁶⁸ Nach zutreffender Ansicht des LG Köln⁴⁶⁹ stelle es darum auch keine Verletzung berufsrechtlicher Regeln dar, wenn auf einer Anwalts-Homepage dezente Hintergrundmusik erklinge. Insofern verhalte es sich nicht anders als bei der Warteschleifenmusik am Telefon, bei der

⁴⁶¹ So *Eylmann* in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, Rn. 45; *Saenger/Rißfe*, MDR 2005, S. 1381 (1383). A. A. offenbar *Wöstmann*, ZNotP 2003, S. 292, der übersieht, dass der Begriff der Irreführung im Berufsrecht der Notare nicht anders definiert werden kann als im anwaltlichen Berufsrecht.

⁴⁶² So richtig feststellend *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, VII RL-E, Rn. 45.

⁴⁶³ *Scheuerl*, NJW 1997, S. 1291 (1292 f.). Ähnlich *Saenger/Rißfe*, WRP 2005, S. 1468 (1469). Sogar *Kleine-Cosack* (Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 281) – eigentlich ein Vertreter einer sehr liberalen Sichtweise – vertritt diesbezüglich eine restriktivere Haltung und sieht eine Unzulässigkeit in der Darstellung bewegter Bilder und Filmsequenzen.

⁴⁶⁴ *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1484).

⁴⁶⁵ *Frank*, K&R 2004, S. 175 (180).

⁴⁶⁶ So insgesamt die Darstellung bei *Härting/Steinbrecher*, AnwBl 2005, S. 10 (12).

⁴⁶⁷ *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 63.

⁴⁶⁸ Siehe S. 45.

⁴⁶⁹ Urt. v. 20.10.1998 – 31 O 723/98 (juris; nur Leitsatz).

auch in der Zwischenzeit Musik ablaufe.⁴⁷⁰ Schließlich kann – wie *Kleine-Cosack*⁴⁷¹ hervorhebt – die musikalische Gestaltung auch den Schwerpunkt einer Kanzlei, z.B. im Urheberrecht, unterstreichen: „Derartige Stilelemente dienen der Positionierung am Markt und sind daher grundsätzlich nicht zu beanstanden.“ Was die Zulässigkeit klanglicher Untermalung angeht, so ist die Grenze nicht bei aufdringlicher oder sonstwie unpassender Musik zu ziehen, sondern erst dann, wenn diese inhaltlich eine unsachliche oder irreführende Aussage enthält (so denkbar durch den Liedtext⁴⁷²) oder wenn die bereits erläuterten Problemfallgeräusche verwendet werden.⁴⁷³

Dadurch, dass hier die Meinungen darüber, was rechtlich zulässig und damit tatsächlich erlaubt ist, in den Details divergieren, ist es für den Freiberufler schwer einzuschätzen, welche akustischen Gestaltungselemente er bei seinem Internet-Auftritt verwenden darf. Dies hat zur Folge, dass entsprechende Werbeformen in der Praxis so gut wie gar nicht verwendet werden.⁴⁷⁴ Hinzu kommt, dass eine musikalische Begleitung von den Internet-Nutzern erfahrungsgemäß regelmäßig als störend angesehen wird, weswegen auch zulässige klangliche Elemente im Ergebnis eher eine negative Werbewirkung haben.⁴⁷⁵

bb) Videoclips

Anders als die reinen Gestaltungsmittel wie Layout oder Hintergrundmusik können Werbefilme auf der Homepage in sachlicher Art und Weise über den einzelnen Berufsausübenden informieren.⁴⁷⁶ Per Videosequenz können die Kanzlei- und Praxisräume vorgestellt werden oder sich der einzelne Freiberufler persönlich in Wort und Bild präsentieren. Ebenso wird die Möglichkeit als erlaubt angesehen, die Kanzleiausßenfassade via Livecam zu betrachten oder eigenständig virtuelle Rundgänge durch die Räume zu unternehmen.⁴⁷⁷ Dies bietet sich auch deswegen an, weil vergleichbare Filme im Fernsehen für den Freiberufler aus Kostengründen und auf-

⁴⁷⁰ So darstellend *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 63.

⁴⁷¹ Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 808.

⁴⁷² Nach *Knorpp* (Rechtsanwälte im Internet, S. 64) sei in analoger Anwendung der Argumentation des LG Düsseldorf zur Führung eines Stier-Logos auf einem Briefkopf (AnwBl 1999, S. 116) die Unzulässigkeit der Untermalung einer Kanzlei-Präsentation mit einem Musiktitel anzunehmen, der gemeinhin mit einem besonders kämpferischen Geist in Verbindung gebracht werde oder ein Erfolgsversprechen impliziere.

⁴⁷³ *Kleine-Cosack*, Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 809. So auch *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 63 f., jedoch auch mit der kritisch zu sehenden Aussage, dass eine Grenze auch dort zu ziehen sei, „wo die Musik der reinen Unterhaltung dienen soll“.

⁴⁷⁴ *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 64.

⁴⁷⁵ *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 64. In diese Richtung auch *Härtling/Steinbrecher*, AnwBl 2005, S. 10 (12).

⁴⁷⁶ *Schneider*, MDR 2000, S. 133 (135); *ders.*, ZAP Fach 23 (2001), S. 567 (578); *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1483); beide mit Verweis auf *Scheuerl*, NJW 1997, S. 1291 (1293).

⁴⁷⁷ So für Rechtsanwälte auch *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 61 f. sowie *Schneider*, MDR 2000, S. 133 (135).

grund der meistens regionalen Tätigkeit im Unterschied zur überregionalen Ausstrahlung dortiger Werbung nicht von Interesse sein werden. Grenzen werden richtigerweise erst dort gezogen, wo durch die Darstellung der Räumlichkeiten oder des Gebäudes über die wirkliche Größe und Kapazität des freiberuflichen Betriebes irreführt wird.⁴⁷⁸

Die Zulässigkeit derartiger persönlicher Darstellungen war bislang – soweit ersichtlich – nur einmal Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Das VG Gießen⁴⁷⁹ erachtete die Werbung eines Arztes mittels eines Unternehmensfilms im Internet für zulässig. Dieser Film war auf der Homepage durch Anklicken von „Praxisrundgang“ einsehbar und bestand aus einem gesprochenen Werbetext⁴⁸⁰, zu dem im Hintergrund Bilder liefen, die die Praxisräume und den werbenden Berufsangehörigen, aber auch dessen Behandlung eines Patienten zeigten.⁴⁸¹ Auch hier hat das Gericht Bezug auf die oben angeführte verfassungsgerichtliche Rechtsprechung genommen und entschieden, dass durch den Werbefilm niemand unsachlich beeinflusst und auch keine mittelbare Gesundheitsgefährdung bewirkt werde, da das Internet als passive Darstellungsplattform regelmäßig nur von interessierten Personen auf der Suche nach ganz bestimmten Informationen aufgesucht werde und sich daher der breiten Öffentlichkeit nicht unvorbereitet aufdränge.⁴⁸² Nach insofern korrekt hergeleiteter Sicht des VG Gießen unterscheiden sich Videosequenzen im Internet von den ebenso zulässigen TV-Werbepots lediglich dadurch, dass sie nicht dem passiven Konsumenten „aufgedrückt“, sondern erst aufgrund eines aktiven Aufrufens auf der Seite des jeweiligen Freiberuflers gezeigt werden.⁴⁸³ Dieser Umstand ist entscheidend dafür, dass auch diese internetspezifische Werbeform uneingeschränkt zulässig ist, solange durch die inhaltlichen Darstellungen nur die dem jeweiligen Freiberufler erlaubten Sachinformationen übermittelt werden.⁴⁸⁴

cc) Veröffentlichung von Audio- oder Videopodcasts

Ebenso zulässig ist die Veröffentlichung von sog. „Podcasts“, also kurzen Audiobeiträgen oder Filmen, mit denen bestimmte Themen meist in besonders anschaulicher Form erklärt werden.⁴⁸⁵ Diese Werbeform ist bei den Freiberuflern noch wenig verbreitet, ein Vorreiter findet sich lediglich bei den Rechtsanwälten. Unter der Web-Adresse www.law-podcasting.de veröffentlicht eine Hamburger Kanzlei in

⁴⁷⁸ *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 62 m.w.N.

⁴⁷⁹ Urt. v. 14.11.2007 – 21 BG 1275/07, MedR 2008, S. 761 ff.; siehe schon oben, S. 77.

⁴⁸⁰ Der Werbetext ist dargestellt im Urt. d. VG Gießen, MedR 2008, S. 761 (761 f.).

⁴⁸¹ Siehe zur Anwendbarkeit des § 11 Abs. 1 Nr. 4 HWG bei der Selbstdarstellung der Ärzte oben, S. 76.

⁴⁸² VG Gießen, MedR 2008, S. 761 (762 f.).

⁴⁸³ VG Gießen, MedR 2008, S. 761 (763).

⁴⁸⁴ So für Rechtsanwälte *Scheuerl*, NJW 1997, S. 1291 sowie darauf bezugnehmend *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 62.

⁴⁸⁵ So *Reuss*, in Marketing für Kanzleien und Wirtschaftsprüfer, S. 73.

wöchentlichen Abständen kurze ca. 5 minütige Audiobeiträge über aktuelle Entwicklungen in den Rechtsgebieten, auf die sie spezialisiert ist. Ebenso werden seit November 2006 monatlich im Video-Format ausgesuchte rechtliche Themen und Besprechungen zu neuen Urteilen präsentiert. Beides erfolgt in sachlich neutraler Darstellung mit einem kurzen Hinweis auf die herausgebende Kanzlei am Ende des Beitrages.

Speziell bei dieser unüblichen anwaltlichen Präsentationsform kommen die immer wieder angeführten Aussagen des BVerfG ganz besonders zum Tragen, nach denen es zeitbedingten Veränderungen unterliege, welche Werbeformen als sachlich oder als übertrieben zu bewerten seien. Auch in diesem Fall kann allein aus dem Umstand, dass diese Kanzlei ihre Werbung anders als bisher üblich gestaltet, nicht gefolgert werden, dass dies berufswidrig wäre. Da das Werbeverhalten aller Freiberufler einem stetigen Wandel unterliegt, sind so auch in Zukunft ähnliche Veröffentlichungen durch Ärzte oder Apotheker denkbar, auch wenn dort berufsbedingt nicht so viel aktueller Darstellungsbedarf wie im juristischen Sektor mit seiner sich stetigen Weiterentwicklung besteht und zudem die Beschränkungen des Heilmittelwerbegesetzes den Rahmen der möglichen Informationsgebung weiter einengen. Da aber schon jetzt regelmäßig die Veröffentlichung von Beiträgen medizinischen Inhalts in Zeitungsartikeln erlaubt ist, ist es nur noch eine Frage der Zeit, bis zum Beispiel Ärzte mittels Audiobeiträgen allgemeine Gesundheitsinformationen z.B. zum Normalgewicht und zur richtigen Ernährung geben oder per Video über die Vorzüge einer neuen Behandlungs- und Operationsmethode aufgeklärt wird.

dd) Externe Videoeinspielungen

Demgegenüber stellt die Einbettung von externen Videoclips, zu denken ist hier insbesondere an Werbefilme von Mandanten aus der Wirtschaft oder Arzneimittelherstellern, mangels zulässigen Informationsgehaltes über die eigene berufliche Tätigkeit keine für die Homepage eines Freiberuflers erlaubte Werbeform dar. Ebenso wird richtigerweise die Wiedergabe von Musikclips bekannter Stars aus dem Bereich der Unterhaltungsmusik oder Sequenzen aus Kinofilmen für unzulässig erachtet, da es bei diesen an jeglichem sachlichen Bezug zur Tätigkeit des Freiberuflers fehle.⁴⁸⁶ In diesen Fällen überdeckt der Unterhaltungsgehalt der Werbung die grundsätzliche Zulässigkeit des Werbeträgers durch eine unangemessene und sachfremde Form im Einzelfall.⁴⁸⁷

⁴⁸⁶ *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 64; *Schulte*, Das Werberecht der freien Berufe, S. 117 f.; *Schenker*, NJW 1997, S. 1291 (1292 f.).

⁴⁸⁷ Anders zu beurteilen wäre dies unter Umständen, wenn es sich bei den darstellenden Künstlern um Mandanten von rechtsberatenden Freiberuflern mit Schwerpunkt im Urheber- bzw. Musikrecht handelt. Dann müsste dieses, wenn schon die rein musikalische Untermalung der Homepage mit Titeln dieser Künstler als zulässig erachtet wird (siehe oben, S. 104), ebenso erlaubt sein. Hierin liegt aber sicherlich ein absoluter Grenzfall.

ee) Zwischenergebnis

Im Ergebnis sind auf allen freiberuflichen Homepages sowohl musikalische Elemente als auch Video-Streams grundsätzlich zulässig. Auch interaktive Darstellungen der Kanzlei- und Praxisräume können ebenso wie Audio- und Videopodcasts nicht pauschal als unsachlich oder gar marktschreierisch beurteilt werden. Unzulässig wird die Selbstdarstellung auf der Homepage regelmäßig erst durch die Beifügung irreführender oder übertriebener Zusätze oder wenn inhaltlich die Grenze der dem jeweiligen Freiberufler erlaubten Sachinformationen überschritten wird. Zu denken wäre beispielsweise an ungenaue und unrichtige Angaben über Art und Weise sowie Größe des freiberuflichen Betriebes, an grob einseitige und nicht alle Fakten umfassende Darstellungen sowie an alle Formen grob unsachlicher Gestaltung, wie unangemessene Soundelemente, mittels Schockeffekten (z.B. durch abschreckende Darstellung von zu behandelnden Krankheitssymptomen) oder gar erotischer Darstellungen (z.B. durch aufreizend gekleidete Mitarbeiterinnen).

d) Berufsferne Angaben und Verlinkungen

Diskutiert wird für die freiberuflichen Homepages ferner die Zulässigkeit von sog. berufsfernen oder fachfremden Angaben zur Person sowie die entsprechender fachfremder Verknüpfungen. Hierunter ist beispielsweise die Angabe einer Partei- oder Vereinszugehörigkeit oder eines Hyperlinks⁴⁸⁸ zur Website eines örtlichen Sport- oder Gesangsvereins zu verstehen.⁴⁸⁹ Solche Werbeangaben und Weiterleitungen sollen als Imagewerbung das Ansehen des Freiberuflers bei potentiellen Mandanten und Patienten verbessern.⁴⁹⁰ Auch hier bestehen unterschiedliche Ansichten darüber, ob und inwieweit ein Freiberufler derartiges auf die eigene Homepage einstellen darf; vertreten wird sowohl die absolute Unzulässigkeit⁴⁹¹ als auch die generelle Zulässigkeit^{492, 493}. Genauso strittig ist, ob Weiterleitungen nur zulässig sind, wenn auch der Inhalt der verlinkten Seiten berufsrechtlich zulässige Informationen enthält,⁴⁹⁴ oder ob eben eine solche Beschränkung nicht besteht.⁴⁹⁵

⁴⁸⁸ Siehe zum Telemediengesetz und zur Haftung der Freiberufler für die fremden Informationen, auf die mit Hilfe von Hyperlinks verwiesen wird, *Borowski*, ZAP Fach 23, S. 819 (833) mit weiterführenden Darstellungen und Verweisen.

⁴⁸⁹ So *Härting/Steinbrecher*, AnwBl 2005, S. 10 (14).

⁴⁹⁰ *Härting/Steinbrecher*, AnwBl 2005, S. 10 (14).

⁴⁹¹ *Schneider*, MDR 2000, S. 133 (134).

⁴⁹² *Härting*, AnwBl 2000, S. 343 (345).

⁴⁹³ So *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1483).

⁴⁹⁴ Dies vertretend *Scheuerl*, NJW 1997, S. 1291 (1293): „Ohne Ausnahme unzulässig sind sachfremde Hyper-Links und Links zu sachfremden Internetseiten“; ähnlich *Schneider*, MDR 2000, S. 133 (134); *Schmittmann*, MDR 1997, S. 601 (603); ähnlich auch *Hoff*, AnwBl 2002, S. 377 (383).

⁴⁹⁵ Dies vertretend *Härting/Steinbrecher*, AnwBl 2005, S. 10 (14); *Härting*, AnwBl 2000, S. 343 (345).

Die Vertreter der engeren Ansicht⁴⁹⁶, die nicht komplett die Zulässigkeit solcher Angaben ablehnen, machen es aufgrund der regelmäßig erforderlichen Berufsbezogenheit der freiberuflichen Werbung davon abhängig, ob der Link oder die persönliche Angabe in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Freiberuflers steht, da nur in diesen Fällen die jeweilige Angabe eine vernünftige Erwägung für die Auswahl des Freiberuflers durch den potentiellen Kunden, Mandanten oder Patienten darstelle.⁴⁹⁷ Ferner wird argumentiert, dass durch fachfremde Links der Eindruck erweckt werden könnte, der Freiberufler sei ein Werbeträger des verlinkten Seitenbetreibers, was mit seiner verfassungsrechtlichen Stellung nicht zu vereinbaren wäre.⁴⁹⁸

Die Gegenansicht⁴⁹⁹ argumentiert mit der weit vorzunehmenden Auslegung der immer noch restriktiv formulierten Werbenormen der Freiberufler.⁵⁰⁰ Diesen seien korrekt ausgelegt keine Schranken für nicht-berufsbezogene Angaben zu entnehmen, so dass lediglich die Grenze der Irreführung gem. §§ 3, 5 UWG zu beachten sei.⁵⁰¹ Die mit dem Wortlaut der einschlägigen berufsrechtlichen Werberegulungen⁵⁰² nur scheinbar klare – und insofern auch von der restriktiveren Ansicht maßgeblich herangezogene – Grenze, dass zulässige Werbung nicht nur sachlich, sondern gerade auch berufsbezogen sein muss, sei zu eng, um den Inhalt zulässiger und sachlicher freiberuflicher Werbung festzulegen.⁵⁰³ Dies werde allein schon deutlich, wenn man frage, wie sich die Berufsbezogenheit eines Fotos begründen lässt: „Ist das Aussehen eines Rechtsanwalts oder einer Rechtsanwältin eine vernünftige und sachbezogene Erwägung für dessen bzw. deren Auswahl durch einen Mandanten?“⁵⁰⁴

Die schon mit dieser Fragestellung indizierte Unzulänglichkeit des Kriteriums der Berufsbezogenheit für die Zulässigkeit einer persönlichen Angabe oder eines fachfremden Links wurde erstmals mit dem sog. „Sponsoring-Urteil“⁵⁰⁵ des BVerfG deutlich, worauf auch *Steinbeck*⁵⁰⁶ in ihrer Argumentation grundlegend Bezug nimmt. In diesem war zu klären, ob die Auflistung einer Rechtsanwaltskanzlei als Sponsor auf dem Veranstaltungsplakat eines kulturellen Ereignisses berufsrechtlich zulässig war. Entscheidend für das Gericht war der mittels des Sponsorings

⁴⁹⁶ *Horst*, MDR 2000, S. 1293 (1298); *Bardens*, MDR 2001, S. 247 (253); *Dabns/Krauter*, BRAK-Mitt. 2004, S. 2 (4); *Schulte/Schulte*, MDR 2002, S. 585 (588); *Schneider*, MDR 2000, S. 133 (134); *Scheuerl*, NJW 1997, S. 1292 (1293); *Hof*, AnwBl 2002, S. 377 (383).

⁴⁹⁷ So erläuternd *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1483) m.w.N.

⁴⁹⁸ *Hof*, AnwBl 2002, S. 377 (383); hierauf verweisend *Saenger/Riße*, WRP 2005, S. 1468 (1470).

⁴⁹⁹ *Härtling/Steinbrecher*, AnwBl 2005, S. 10 (14); *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1483).

⁵⁰⁰ So *Saenger/Riße*, WRP 2005, S. 1468 (1470). – Diesbezüglich siehe oben, S. 26.

⁵⁰¹ *Härtling/Steinbrecher*, AnwBl 2005, S. 10 (14); hierauf verweisend *Saenger/Riße*, WRP 2005, S. 1468 (1470).

⁵⁰² Siehe § 43b BRAO, § 6 Abs. 1 BORA, § 57a StBerG, § 27 Abs. 2 MBO.

⁵⁰³ *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1483).

⁵⁰⁴ Ebenda.

⁵⁰⁵ Urt. v. 17.04.2000, NJW 2000, S. 3195 f.

⁵⁰⁶ NJW 2003, S. 1481 (1483).

getragene Hinweis „auf die Existenz der Kanzlei und darauf, dass sie kulturelle Ereignisse finanziell unterstützt haben“. Ferner sei nicht ersichtlich, „inwieweit das Sponsoring geeignet ist, das Vertrauen der Rechtsuchenden zu beeinträchtigen, der Anwalt werde nicht aus Gewinnstreben zu Prozessen raten oder die Sachbehandlung an Gebühreninteressen ausrichten.“⁵⁰⁷ Für die Entscheidung potentieller Mandanten, welchen Anwalt sie beauftragen, könne es auf der Grundlage vernünftiger und sachbezogener Erwägungen im Gegenteil durchaus eine Rolle spielen, welche außerrechtlichen Kenntnisse und Erfahrungen der jeweilige Rechtsberater erworben habe. Selbstdarstellungen, mit denen ein Sponsor um Sympathie, Vertrauen und Akzeptanz werbe, seien insofern Informationen, die für sich genommen weder irreführen würden noch ein sensationelles und reklamehaftes Sich-Herausstellen zum Gegenstand hätten, sofern Art und Weise der Bekanntgabe nicht als unangemessene, übertriebene Werbung zu qualifizieren sei.⁵⁰⁸

In der Nachfolgezeit hat das Bundesverfassungsgericht dann für Ärzte mehrfach in aller Deutlichkeit klargestellt, dass das ebenso mit der Berufsbezogenheit versehene Sachlichkeitsgebot des § 27 Abs. 2 MBO gleichfalls eine Image- und Sympathiewerbung (z.B. mit Angaben privater Hobbys, Informationen über Auslandsaufenthalte oder durch Hinweis auf das Beherrschen eines einheimischen Dialektes) im Internet nicht ausschließe.⁵⁰⁹ Eine Beanstandung dieser sei mit Auslegung und Tragweite der Berufsfreiheit schwerlich zu vereinbaren, da auch Angaben zum Privatleben zu dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient beitragen würden.⁵¹⁰ Das BVerfG sprach dabei deutlich aus, dass es zwar am direkten Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit oder Qualifikation fehle, gleichwohl aber nicht ersichtlich sei, mit welchen Gemeinwohlbelangen sich ein Verbot dieser Angaben im Rahmen einer passiven Darstellungsplattform wie dem Internet rechtfertigen ließe.⁵¹¹ Soweit nicht der Informationscharakter in den Hintergrund gedrängt wird, wurde so für Ärzte anerkanntermaßen eine nicht berufsbezogene „Sympathiewerbung“ generell und damit auch auf ihrer Homepage zulässig. Die Grenze der reinen Image- und Sympathiewerbung, die eigentlich gerade durch die Berufsbezogenheit beschränkt werden könnte, wird so höchstrichterlich erst dort gezogen, wo Informationen und Angaben evident nicht mehr geeignet sind, zur persönlichen

⁵⁰⁷ BVerfG, NJW 2000, S. 3195 (3196). Hierauf auch maßgeblich abstellend *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1483).

⁵⁰⁸ BVerfG, NJW 2000, S. 3195 (3196). Vgl. auch *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1483). Zustimmend *Schulte*, Das Werberecht der freien Berufe, S. 153; *Böhnlein*, in Feuerich/Weyland, § 43b, Rn. 13.

⁵⁰⁹ BVerfG, Entsch. v. 26.08.2003, WRP 2003, S. 1209 (1212) sowie darauf verweisend Urt. v. 13.07.2005, GRUR 2006, S. 425 (426); Urt. v. 09.10.2003, WRP 2004, S. 221 (224) und Urt. v. 13.07.2005, GRUR 2006, S. 425 (426).

⁵¹⁰ BVerfG, WRP 2003, S. 1209 (1212).

⁵¹¹ BVerfG, WRP 2003, S. 1209 (1209).

Außendarstellung beizutragen und in keiner Weise die Auswahl des Freiberuflers durch potenzielle Mandanten oder Patienten positiv beeinflussen können.⁵¹²

Vor diesem Hintergrund müssen auf der freiberuflichen Homepage Ehrenämter, fachfremde Vereins- oder sogar Parteimitgliedschaften und andere private Aktivitäten angegeben werden können, selbst wenn dies keinen direkten Zusammenhang zur eigentlichen beruflichen Tätigkeit hat.⁵¹³ Auch Verknüpfungen zu anderen, gegebenenfalls thematisch weiterführenden Internetseiten sind als unproblematisch anzusehen, unabhängig davon, ob sie auf Homepages mit fachbezogenen und sachlichen Informationen (z.B. Homepages juristischer Verlage, Entscheidungssammlungen sowie Hinweise oder amtliche Warnungen zu bestimmten Krankheiten) weiterleiten oder als fachfremde Links zu der beruflichen Tätigkeit der Freiberuflers nur einen indirekten Bezug haben.⁵¹⁴ Vielmehr bedarf es im Einzelfall einer konkreten Prüfung, ob die beanstandete Verlinkung zugleich das Vertrauen des Mandanten oder Patienten in die Seriosität des werbenden Freiberuflers in Frage zu stellen vermag. Sicher unzulässig sind nur Angaben und Weiterleitungen, die eindeutig keinen, also nicht mal mehr einen indirekten Bezug zur Persönlichkeit des Freiberuflers haben.⁵¹⁵ Hierfür werden als Beispiele Links zu kommerziellen Angeboten oder Fremdfirmen⁵¹⁶, zu Gewinnspielen oder gewerblich tätigen Unternehmen⁵¹⁷ genannt.⁵¹⁸ Als Ausnahme angesehen wird jedoch die Verlinkung auf einen Routenplan zur Berechnung einer Anfahrsbeschreibung.⁵¹⁹ Auch vereinzelte Links auf Suchmaschinen und den eigenen Web-Designer sollen das Vertrauen in die Freiberufler nicht beeinträchtigen.⁵²⁰

⁵¹² So *Saenger/Rißle*, WRP 2005, S. 1468 (1470); *Härtling/Steinbrecher*, AnwBl 2005, S. 10 (14); *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1484); *Härtling*, AnwBl 2000, S. 343 (345); ähnlich *Hoß*, AnwBl 2002, S. 377 (383).

⁵¹³ Vgl. im Ergebnis *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1483); *Härtling*, AnwBl 2000, S. 343 (345); *Härtling/Steinbrecher*, AnwBl 2005, S. 10 (14).

⁵¹⁴ *Saenger/Rißle*, WRP 2005, S. 1468 (1470); *Kleine-Cosack*, *Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe*, Rn. 773 sowie *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1484).

⁵¹⁵ So hat das OVG Münster (Entsch. v. 04.09.2007 – 14 A 4267/05, DVBl 2007, S. 1513 f.) beispielsweise einem Freiberufler u.a. eine Homepage-Werbung mittels Foto und Lebenslauf seines Großvaters versagt. Weiterführend *Wenn*, jurisPR-ITR 12/2007, Anm. 5.

⁵¹⁶ Siehe BVerfG, Entsch. v. 26.08.2003 – 1 BvR 1003/02, WRP 2003, S. 1209 (1211).

⁵¹⁷ Wobei auch hier bereits für Rechtsanwälte einschränkend von *Härtling/Steinbrecher* (AnwBl 2005, S. 10 (14)) argumentiert wird, eine Verlinkung auf die Seite eines Unternehmens, mit dem ein Mandatsverhältnis bestehe, erwecke nur schwerlich den Eindruck, dass es dem Freiberufler an Unabhängigkeit und Integrität fehle. Dies stellt sich jedoch bereits anders dar, wenn ein Apotheker oder Arzt auf Unternehmen verweist, von denen er Medikamente verschreibt bzw. verkauft. Hierin ist eine Herausstellung eines Unternehmens zu sehen, welche nicht mehr sachlich und berufsbezogen ist.

⁵¹⁸ *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1484).

⁵¹⁹ *Knorpp*, *Rechtsanwälte im Internet*, S. 77.

⁵²⁰ *Kleine-Cosack*, *Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe*, Rn. 773.

e) Bereitstellen von Downloadmöglichkeiten

Anders als bei Angaben oder Verlinkungen ist hinsichtlich von Downloadmöglichkeiten auf der eigenen freiberuflichen Homepage zu differenzieren: Das Zurverfügungstellen von fachlichen Informationen wie Praxis- und Patientenbroschüren, Behandlungsinformationen sowie rechtlichen oder medizinischen Aufsätzen (also alles das, was auch in einer Praxis- oder Kanzleibroschüre veröffentlicht werden dürfte) ist zulässig.⁵²¹ Berufsfremde Downloadmöglichkeiten, die nur einen indirekten Bezug zur Berufsausübung haben, werden dagegen – anders als entsprechende Angaben oder Verlinkungen, bei denen eine Trennung zu den Inhalten der Internetseite Dritter sichtbar ist – regelmäßig als unzulässig anzusehen sein.⁵²² Durch die dabei vorzunehmende persönliche Zusammenstellung der hochzuladenen Informationen und Materialien läuft der Freiberufler regelmäßig Gefahr, ähnlich wie bei den ebenfalls oben als unzulässig eingestuften weiterführenden persönlichen Ausführungen, Erklärungen oder Anmerkungen zu außerberuflichen Interessen den zu bewahrenden Eindruck der Sachlichkeit und Unabhängigkeit zu verlieren. Aufgrund der bei der Auswahl der Materialien entstehenden subjektiven Komponente sind Downloadpakete, die sich im Rahmen zulässiger und sachlicher Sympathiewerbung durch Privatangelegenheiten halten, nur schwer vorstellbar. Fachfremde Informationen sollten somit lediglich ungefiltert und unkommentiert per Verlinkung dem Besucher nähergebracht werden, nicht aber per Download.

f) Einrichtung eines Gästebuchs

Strittig ist desweiteren, ob die Einrichtung eines Gästebuchs oder eines vergleichbar öffentlichen Forums, in dem sich Besucher auf der Homepage des Freiberuflers eintragen und austauschen können, als verbotene Werbung anzusehen ist.

Von den Gerichten wurde die Zulässigkeit eines offenen Gästebuchs schon zu Beginn ihrer Internetverbreitung deutlich verneint.⁵²³ Das LG Trier⁵²⁴ stand auf dem Standpunkt, dass ein Arzt hierdurch Adressen sammle und sich so die Möglichkeit schaffe, Kunden anzuwerben, was ein „deutlich kommerzielles Verhalten“ sei. Das OLG Nürnberg⁵²⁵ hielt eine Gästebucheinrichtung durch einen Rechtsanwalt für unzulässige Werbung, weil dieses von Besuchern auf der Homepage für beliebige Äußerungen benutzt werden könne und so die Möglichkeit eröffne, anerkennende Äußerungen auch und gerade über die berufliche Tätigkeit des Anwalts zu verbreiten. Es sei nach der Lebenserfahrung dabei davon auszugehen, dass die dortigen Einträge mehr Lob als Kritik beinhalten würden, so dass Dritte unerlaubte

⁵²¹ So für Rechtsanwälte *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 70.

⁵²² So unter Bezugnahme auf LG Köln, Urt. v. 20.01.1998 – 31 O 817/98, *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 69 f.; ebenso *Schneider*, MDR 2000, S. 133 (134); *ders.*, ZAP Fach 23, S. 567 (572).

⁵²³ *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 101.

⁵²⁴ WRP 1996, S. 1231 (1233).

⁵²⁵ NJW 1999, S. 2126 (2126 f.).

unsachliche Werbung für den Bereitstellenden des Gästebuchs betreiben könnten.⁵²⁶ Damit seien die Grenzen einer nach Form und Inhalt sachlichen Unterrichtung über die berufliche Tätigkeit schon überschritten, ohne dass es weiter darauf ankäme, welcher Wahrheitsgehalt den jeweiligen Äußerungen zukomme.⁵²⁷ In diese Richtung geht auch eine Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth⁵²⁸, in der die Richter einen Vergleich mit Gästebüchern „am Urlaubsquartier“ vorgenommen und ebenso gemeint haben, dass diese die angesprochenen Besucher regelmäßig zu unsachlichen Belobigungen veranlassen würden.

Diese Aussagen haben auch in der Literatur zu der Ansicht geführt, Internet-Gästebücher seien berufswidrig.⁵²⁹ Lediglich die Einrichtung eines für Dritte nicht einsehbaren, sog. „geschlossenen Gästebuchs“ sei eine zulässige Möglichkeit, lobende oder eben auch kritische Eintragungen zu erhalten, da dann die Wertungen der Gäste von Dritten nicht eingesehen werden könnten.⁵³⁰ Wenn ein Gästebuch aber darüber hinaus für beliebige, also auch auf die berufliche Tätigkeit bezogene Besucheräußerungen offen steht, muss eingeräumt werden, dass die von den zitierten Gerichten regelmäßig gesehene Gefahr von vorgetäuschten Einträgen besteht, mit denen unseriöse Freiberufler versuchen, sich selber lobend herauszustellen. Trotzdem vermag bei näherer und vielleicht zeitgemäßerer Betrachtung dies nicht vollends davon zu überzeugen, dem Freiberufler nicht auch ein offenes Gästebuch zu erlauben. Schließlich kann mit dem Argument einer abstrakten Gefahr von gefälschten Einträgen eine Unzulässigkeit allein nicht begründet werden: Ein solches präventives Verbot wegen der abstrakten Gefahr von gefälschten Äußerungen enthält das geltende Berufsrecht nicht.⁵³¹ Allein die abstrakte Möglichkeit des Missbrauchs rechtfertigt angesichts des eingreifenden Schutzbereichs des Art. 12 GG noch kein generelles Verbot einer Werbeform.⁵³² Aus diesen Überlegungen heraus kann man die Freiberufler allenfalls – auch zur Vermeidung des Vorwurfs, mit Hilfe des Gästebuchs berufswidrig daran mitzuwirken, dass Dritte für sie selber Werbung

⁵²⁶ Zustimmend *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1485); ablehnend *Hartung/Römermann/Römermann*, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Auflage, München 2008, Vor § 6 BerufsO, Rn. 238.

⁵²⁷ OLG Nürnberg, NJW 1999, S. 2126.

⁵²⁸ AnwBl 1998, S. 534. Zustimmung zu dieser Entscheidung *Rein*, NJW 1999, S. 1377 (1378).

⁵²⁹ Für Rechtsanwälte: *Schmittmann*, MDR 1997, S. 601 (603); *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1483); *Rein*, NJW 1999, S. 1377 (1378); *Flehsig*, ZUM 1997, S. 98 (100); für Notare: *Eylmann*, in *Eylmann/Vaasen*, RL-E VII, Rn. 49 m.w.N.; *Schippel/Bracker/Görk*, RLE/BNotK VII, Rn. 24 mit dem Argument, dass im Falle positiver Reaktionen des Besuchers auf diese Weise das Verbot, die eigene Kompetenz mit wertenden Begriffen hervorzuheben, unterlaufen werde.

⁵³⁰ *Rein*, NJW 1999, S. 1377 (1378 f.). – Dann würde jedoch der Sinn eines Gästebuchs ad absurdum geführt werden und ein neutrales Kontaktformular den gleichen Zweck erfüllen.

⁵³¹ So *Hartung/Römermann/Römermann*, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Auflage, München 2008, Vor § 6 BerufsO, Rn. 239; *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 251; *Hoß*, AnwBl. 2002, S. 377 (385); in diese Richtung ebenso *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 68.

⁵³² So *Kleine-Cosack*, Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 727.

betreiben⁵³³ – berufsrechtlich dazu verpflichten, ihr Gästebuch ständig auf irreführende oder aus anderen Gründen rechtswidrige Bemerkungen hin zu überwachen und entsprechende Eintragungen umgehend zu löschen.⁵³⁴ Auch wird sinnvollerweise gefordert, ggf. explizit klarzustellen, dass bei einer Eintragung eine werbliche Kontaktaufnahme seitens des Berufsangehörigen erfolgen kann.⁵³⁵ Ein generelles Verbot offener Gästebücher schießt indes über das Ziel hinaus und lässt die verfassungsrechtlich verbürgte Werbefreiheit außer Acht.⁵³⁶

Zu weitgehend ist jedoch die Sichtweise *Kleine-Cosack*⁵³⁷, nach dem der Berufsangehörige die im Gästebuch hinterlassenen Meinungen – auch nur auszugsweise – wiederum in seiner eigenen Werbung, wie z.B. einer Praxisbroschüre oder direkt auf der Homepage, publizieren können soll. Positive Urteile von Mandanten seien nach seiner Argumentation eines der traditionellsten Werbemittel und Teil des „guten Rufs“, mit dem allein zu Zeiten des früheren Werbeverbots von Freiberuflern geworben werden konnte. Mandanten und Patienten seien nicht verpflichtet, ihre Belobigungen nur mündlich bzw. unter der Hand oder inoffiziell zu verbreiten, sie könnten sie auch in der eigenen Werbung – wie z.B. der Homepage – publizieren.⁵³⁸ Nach insofern richtiger Ansicht von *Schmittmann*⁵³⁹ geht dies zu weit. Wenn positive Stellungnahmen derart zu Werbezwecken – sei es mündlich oder als Zitat auf der eigenen Homepage – verwendet werden, liegt eine berufswidrige Werbung vor. Durch die persönliche Auswahl des Freiberuflers über die zu verwendenden Zitate und die fehlende Überprüfbarkeit ihrer Herkunft ist die Sachlichkeit einer solchen Werbung regelmäßig nicht mehr gegeben. Mit der Möglichkeit, dass Besucher einer Homepage die dort im Gästebuch veröffentlichten Einträge einsehen können, ist der grundrechtlich geschützten Werbefreiheit der Freiberufler diesbezüglich in ausreichendem Maß genüge getan.

⁵³³ Vgl. insofern den Wortlaut der §§ 6 Abs. 3 BORA, 27 Abs. 3 S. 2 MBO-Ärzte.

⁵³⁴ Dies fordern *Saenger/Rißke*, WRP 2005, S. 1468 (1475); *Härtling/Steinbrecher*, AnwBl 2005, S. 10 (15); *Kleine-Cosack*, *Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe*, Rn. 728. Ablehnend *Hartung/Römermann/v. Lewinski*, § 6 BORA, Rn. 220.

⁵³⁵ *Hartung/Römermann/Römermann*, *Berufs- und Fachanwaltsordnung*, 4. Auflage, München 2008, Vor § 6 BerufsO, Rn. 236.

⁵³⁶ So *Hoß*, AnwBl 2002, S. 377 (385); *Hartung/Römermann/Römermann*, *Berufs- und Fachanwaltsordnung*, 4. Auflage, München 2008, Vor § 6 BerufsO, Rn. 236 sowie *Döbbelt*, *Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht*, S. 251 f.

⁵³⁷ *Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe*, Rn. 728.

⁵³⁸ So *Kleine-Cosack*, *Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe*, Rn. 728.

⁵³⁹ MDR 1997, S. 601 (603).

g) Implementierung eines RSS- oder Twitter-Feeds

Ähnliches gilt für die Implementierung eines persönlichen Nachrichtenfeeds über die RSS-Technik oder eines Twitter-Feeds auf der freiberuflichen Homepage.⁵⁴⁰ Soweit hierüber wie bei einem E-Mail-Newsletter lediglich berufsbezogene sachliche Informationen (Angaben zu veränderten Sprechstundenzeiten und Urlaubsterminen, Infos über besuchte Weiterbildungsmaßnahmen, der Beitritt in eine Berufsvereinigung oder die Veröffentlichung aktueller Urteile oder gesundheitsbezogener Meldungen) und zulässige fachfremde Angaben veröffentlicht werden (wie z.B. der Beitritt in einen örtlich ansässigen Verein sowie erwähnenswerte sportliche Erfolge), sollte auch gegen diese Marketingform nichts sprechen. Mangels Informationswert nicht mehr zulässig wären allerdings Einträge über Alltagssituationen oder Verlinkungen auf aktuelle z.B. rein kulturelle oder nur meinungsäußernde Internet-Inhalte, bei denen kein Bezug mehr zur freiberuflichen Tätigkeit hergestellt werden kann. Hierbei noch von zulässiger Sympathie- oder Imagewerbung zu sprechen, ginge zu weit.

h) Metatags

Metatags sind im Quelltext einer Homepage nicht sichtbar hinterlegte Begriffe, die von Suchmaschinen erfasst werden und Grundlage der Ergebnisse von Suchanfragen sind.⁵⁴¹ Bei Eingabe eines bestimmten Suchwortes wird eine mit dem entsprechenden Meta-Tag versehene Homepage unabhängig von ihrem tatsächlichen Bezug zum Schlagwort als Vorschlag angegeben.⁵⁴² Durch die gezielte Auswahl von Metatags kann der Berufsangehörige daher potenzielle Mandanten und Patienten auf die eigene Homepage leiten.⁵⁴³ Die Verwendung solcher Schlagwörter mittels HTML-Kodierung ist auch für Freiberufler grundsätzlich zulässig. Was aber für eine Homepage gilt, gilt insoweit auch für die Daten zur Suche der Seite selbst.⁵⁴⁴ Als Bestandteil der Homepage werden Metatags daher ebenfalls als Werbung angesehen und haben somit die jeweiligen berufsrechtlichen Vorgaben zu wahren.⁵⁴⁵

⁵⁴⁰ Im Unterschied hierzu zählen sog. Webblogs (quasi Online-Tagebücher) zum privaten Tätigkeitsbereich des Freiberuflers, so dass diese nicht auf der offiziellen Homepage veröffentlicht werden sollten.

⁵⁴¹ *Saenger/Rißke*, WRP 2005, S. 1468 (1471).

⁵⁴² *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1487).

⁵⁴³ Ebenda.

⁵⁴⁴ *Hof*, AnwBl 2002, S. 377 (385).

⁵⁴⁵ *Saenger/Rißke*, WRP 2005, S. 1468 (1471). Für Rechtsanwälte wird dabei die Anwendung der Regelungen der BORA, vor allem der Neufassung des § 7 (siehe BRAK-Mitt. 2005, S. 273), zur Begrenzung des Einbaus einer ansonsten unbegrenzt möglichen Anzahl von Rechtsgebieten in die Metatags diskutiert. Im Ergebnis wird auch hier nur die Angabe solcher Rechtsgebiete als Metatags erlaubt sein, die auch in die Homepage aufgenommen werden dürfen; so *Saenger/Rißke*, WRP 2005, S. 1468 (1471). Gleiches wird bei der Angabe möglicher Spezialisierungen und Behandlungsschwerpunkten bei Ärzten gelten. – Desweiteren besteht die Gefahr, die Namen großer Kanzleien oder führender Ärzte irreführend (neben der Verletzung etwaiger markenrechtlicher Vorschriften) als Metatags zu verwenden, um so von deren Bekanntheit zu profitieren; siehe

Folglich ist die Verwendung von Metatags, die in keinem direkten oder zumindest indirekten sachlichen Zusammenhang mit dem Dienstleistungsangebot des Freiberuflers stehen, unter dem Aspekt der irreführenden Angabe unsachlich und damit unzulässig.⁵⁴⁶

i) Veröffentlichung von Gegner-Listen

Nach bisher unbestrittener Ansicht des Bundesverfassungsgerichts⁵⁴⁷ besteht speziell für Rechtsanwälte neben der Möglichkeit der Nennung namhafter Klienten⁵⁴⁸ auch die Möglichkeit der Veröffentlichung von sogenannten Gegnerlisten im Internet, also einer Aufzählung der Unternehmen, gegen die gerichtliche Verfahren geführt wurden.⁵⁴⁹ Begründet wird dies damit, dass ein Unternehmen aufgrund seiner Teilnahme am Geschäftsverkehr damit rechnen müsse, dass beim Auftreten von Rechtsstreitigkeiten von der gegnerischen Seite darüber berichtet wird – und sei es nur durch Nennung in einer unkommentierten Gegnerliste. Eine etwaige Geschäftsehre werde dabei nicht verletzt, da die wahrheitsgemäße Information, jemand sei in eine gerichtliche oder außergerichtliche Auseinandersetzung involviert, nicht ehrenrührig sei. Mit der bloßen Nennung in einer Gegnerliste sei auch kein „Makel des Unlauteren“ verbunden, da sich dieser nur entnehmen lasse, gegen welches Unternehmen der Anwaltskanzlei Mandate erteilt worden seien, ohne dass die betreffenden Aufträge erfolgreich gewesen wären bzw. den dort aufgeführten Gegnern Unlauterkeit unterstellt werden könnte.⁵⁵⁰

Solange die Veröffentlichung nicht mit zusätzlichen, das Ansehen und den Ruf der aufgeführten Unternehmen schmälern den Angaben kombiniert wird,⁵⁵¹ ist die Werbung mit „Gegnerlisten“ somit für die Rechtsanwälte eine Möglichkeit, um neue Mandanten zu gewinnen, da diese mit Hilfe einer solchen Liste erkennen kön-

hierzu ausführlich *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 35-40. Ob es dabei so ist, dass jemand, der einen Kanzleinamen in eine Suchmaschine eingibt und dann auf die Homepage eines anderen Rechtsanwalts geführt wird, wirklich davon ausgeht, dass die beiden Kanzleien „irgendetwas“ miteinander zu tun haben (so aber *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1487)), ist bei heutiger Sachkenntnis der Nutzer jedoch fraglich.

⁵⁴⁶ Siehe hierzu *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 35-44; ferner *Saenger/Rißle*, WRP 2005, S. 1468 (1471); *Sobola*, NJW 2001, S. 1113 (1114); *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1487); *Hofß*, AnwBl 2002, S. 377 (385).

⁵⁴⁷ Urteil v. 12.12.2007 – 1 BvR 1625/06, GRUR 2008, S. 352 f.

⁵⁴⁸ Natürlich nur nach vorheriger Einwilligung, § 6 Abs. 2 S. 2 BORA.

⁵⁴⁹ Bei natürlichen Personen ist eine solche Veröffentlichung Nennung wegen des durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts solcher personenbezogenen Daten i.S.d. § 3 Abs. 1 BDSG nicht möglich, siehe LG Essen, Urteil v. 30.08.2012 – 4 O 263/12, MMR 2012, S. 845 (845) sowie sofern nicht eine Einwilligung gem. § 4 Abs. 1, 4a BDSG oder die Voraussetzungen des § 29 BDSG bzw. anderer datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestände gegeben sind; so *Junker*, jurisPR-ITR 3/2008, Anm. 5.

⁵⁵⁰ BVerfG, GRUR 2008, S. 352 (353).

⁵⁵¹ So *Peifer*, jurisPR-WettbR 7/2008, Anm. 1 mit erläuternden Beispielen.

nen, welcher Anwalt gerichtlich bereits gegen ein bestimmtes Unternehmen vorgegangen ist.⁵⁵² Da das diesbezüglich einzige Urteil keine Gründe enthält, warum eine solche Liste nur im Internet zuzulassen wäre, muss eine Veröffentlichung im Umkehrschluss auch in Tageszeiten oder Praxisbroschüren möglich sein, auch wenn dieses bisher – soweit ersichtlich – noch nicht üblich ist und somit gerichtlich noch nicht zu bewerten war. Interessant ist insofern auch, wie die sprachliche Nennung von Gegnern im Rahmen einer Hörfunk- oder Fernsehwerbung bzw. in Audio- oder Videopodcasts angesehen werden würde. In konsequenter Anwendung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung dürfte auch dieses zulässig sein und bei entsprechender Darstellung den Rahmen sachlicher Werbung nicht überschreiten. Die medienübergreifend mögliche Mandantengewinnung über Gegnerlisten wird dabei für die Berufsangehörigen vor allem interessant sein in den vermehrt auftretenden Fällen von an Verbraucher gerichteten Massenabmahnungen, bspw. wegen sog. „Abofallen“ oder wegen filesharingbedingter Urheberrechtsverletzungen.

2. Werbeformen auf externen Seiten

a) Werbebanner und Links auf die eigene Homepage

Für freiberufliche Internetwerbung außerhalb der eigenen Homepage kommen als externe Werbeformen primär die Bannerwerbung sowie die Werbung mittels Links auf beliebigen Webseiten, insbesondere auf der jeweiligen freiberuflichen Tätigkeit nahestehenden Internetportalen und -foren, in Betracht. Noch vor einigen Jahren wurde eine solche Werbung kategorisch abgelehnt mit der Begründung, die Gefahr einer „reklamhaften Selbstanpreisung“, die über die sachliche Information hinausgehe, überwiege, wenn sich der Freiberufler solcher typischen Gestaltungsformen der gewerblichen Wirtschaft bediene.⁵⁵³ Diese pauschale Ablehnungshaltung ist aber deswegen fehlerhaft, weil – wie bereits ausgeführt – die Frage der Sachlichkeit nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Werbemediums Internet beantwortet werden kann. Da dem Freiberufler die Nutzung dieses Mediums erlaubt ist, darf er sich auch der Mittel bedienen, die dort üblicherweise für eine adäquate Ausgestaltung der Werbemaßnahmen verwendet werden.⁵⁵⁴

Zu üblichen Werbeformen im Internet gehören auch hervorgehobene Verlinkungen und animierte Bannerwerbung.⁵⁵⁵ Derartige Werbemaßnahmen können lediglich aus inhaltlichen Gründen oder wegen ihrer Positionierung bzw. Gestaltung

⁵⁵² *Peifer*, jurisPR-WettbR 7/2008, Anm. 1.

⁵⁵³ *Schmittmann*, MDR 1997, S. 601 (603); *Schneider*, MDR 2000, S. 133 (134).

⁵⁵⁴ So auch argumentierend *Kleine-Cosack*, *Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe*, Rn. 775 sowie *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1484).

⁵⁵⁵ Hierzu ausführlich und differenzierend *Saenger/Rißke*, WRP 2005, S. 1468 (1470); zustimmend *Härting/Steinbrecher*, AnwBl 2005, S. 10 (15); *Härting*, AnwBl 2000, S. 343 (345); *Kleine-Cosack*, *Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe*, Rn. 770; ähnlich *Dahms/Krauter*, BRAK-Mitt. 2004, S. 1 (4); einschränkend *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1483) und *v. Jagow*, in *Harte-*

im Einzelfall als unsachlich einzustufen sein. Ob dies aber – wie z.B. *Steinbeck*⁵⁵⁶ vertritt –, bereits dann der Fall ist, wenn die Verlinkung oder der Banner auf einer Website erscheint, die keinen Bezug zur freiberuflichen Tätigkeit hat und auf der ausschließlich sog. Lifestyle- und Boulevard-Nachrichten in betont auffälliger Art und Weise angeboten werden, ist zu bezweifeln.⁵⁵⁷ Hier hilft ein Vergleich mit der freiberuflichen Pressewerbung. Auch bei dieser ist irrelevant, in welchem Umfeld die Werbung gedruckt ist, also welche Artikel neben der Zeitungsannonce stehen und ob diese einen inhaltlichen Bezug zur freiberuflichen Tätigkeit haben. Da es den jeweiligen Werberegungen nicht auf das Umfeld der Werbung und den Werbeträger ankommt, sondern lediglich auf Inhalt und Ausgestaltung im Einzelfall, darf der Ort einer Werbung unabhängig vom Medium zunächst völlig frei gewählt werden. Grenzen sind im Einzelfall höchstens dann zu ziehen, wenn die Platzierung in einem „anrühigen“ oder einem sonstigen der freiberuflichen Werbung ersichtlich nicht angemessenen Umfeld erfolgt – das gilt für die Internetwerbung aber ebenso wie für die Werbung in zweifelhaften Presseerzeugnissen, wo gleichfalls erst das konkrete Umfeld eine Unsachlichkeit im Einzelfall zu begründen vermag. Gleichzeitig ist – ebenfalls wie bei der Printwerbung – eine schematische Begrenzung von Größe, Gestaltung und Auffälligkeit der Link- und Bannerwerbung nicht zulässig; dies insbesondere, weil zum Zwecke der Abgrenzung und Hervorhebung eine in gewissen Verhältnis zu dem sonstigen Inhalt der Internetseite hervorgehobene und auffällige Gestaltung bei diesen Werbemethoden üblich ist.⁵⁵⁸

Virtuelle Anzeigen auf fremden Internetseiten mittels Bannern und Links ermöglichen es dem Freiberufler somit, im Rahmen der allgemeingültigen berufsrechtlichen Reglementierungen auch außerhalb der eigenen Homepage Werbung für seine Kanzlei, Praxis oder Apotheke zu betreiben. Diese können dabei sogar durch sog. „Streaming-Ads“ ergänzt werden, also durch kleine Online-Werbespots (entsprechend den oben als zulässig eingestuften Werbefilmen), die Bestandteil des Banners sind.

Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl I, Rn. 8. Für Notare zustimmend auch *Schuster*, *Werberecht des Notars*, S. 430.

⁵⁵⁶ NJW 2003, S. 1481 (1487): „Die Anzeige auf einer Website, die seriöse Nachrichten präsentiert, wird das Gebot der Sachlichkeit nicht verletzen, wohl aber eine Anzeige auf einer Website, auf der ausschließlich Boulevard-Nachrichten in reißerischer Form angeboten werden.“

⁵⁵⁷ Es sei nicht verständlich, warum demnach ein Werbebanner auf den Webseiten der F.A.Z. sachlich und erlaubt, derselbe Banner aber auf den Website der Bild-Zeitung unsachlich und verboten sein solle; so *Härtling/Steinbrecher*, *AnwBl* 2005, S. 10 (15). Vgl. auch *Kleine-Cosack*, *Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe*, Rn. 775.

⁵⁵⁸ *Knorpp*, *Rechtsanwälte im Internet*, S. 72; *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1487).

b) Pop-Ups und Interstitials

Zu Recht wird dagegen die Verwendung sogenannter Pop-Ups, bei denen sich auf einer Internetseite eigenständig ein zusätzliches Werbefenster öffnet, als nicht akzeptable Werbeform eingestuft.⁵⁵⁹ Die primäre Eigenschaft solcher abgewandelter Werbebanner bestehe genau darin, dem Nutzer entgegenzuspringen und unaufgefordert die eigentliche Homepage zu verdecken.⁵⁶⁰ Um zu der eigentlichen Seite zurückzuführen, müsse darüber hinaus aktiv das Werbefenster geschlossen oder die angewählte Internetseite wieder in den Vordergrund geholt werden. Dieser „doppelte Zwang zur Kenntnisnahme“ verstoße mit seiner Aufdringlichkeit gegen das Sachlichkeitsgebot freiberuflicher Werbung.⁵⁶¹ Das gelte erst recht, „wenn das Schließen der Anzeige noch dadurch erschwert wird, dass sich die Anzeige über den Bildschirm bewegt oder mehrmals wieder aufspringt.“⁵⁶² Gleiches muss gelten für sog. „Interstitials“, also solchen Werbebeeindrungen, die vorgeschaltet vor dem Aufruf der gewünschten Website erscheinen. Auch hier wird die eigentliche Passivität der Internetwerbung umgedreht, da sich der Nutzer – anders als beispielsweise bei einer Bannerwerbung – nur durch aktives Verhalten der direkten Werbeaussage entziehen kann.

c) Keyword-Advertising

Als Keyword-Advertising (auch Adword-Buying) wird Online-Werbung bezeichnet, bei der der Freiberufler Werbung in Form von Textfeldern auf Suchmaschinenseiten schaltet, die nach Eingabe eines bestimmten Suchwortes direkt neben der eigentlichen Trefferliste angezeigt werden. Allein darin, dass durch die Auswahl des Werbenden, bei welchen Suchbegriffen seine Anzeige erscheinen soll, eine direkte Zielgruppenansprache möglich ist, wird kein Verstoß gegen berufsrechtliche Vorschriften gesehen, solange die Werbung als solche zu erkennen ist und als Adwords nur tatsächlich ausgeübte Fachrichtungen, Spezialisierungen und Heilbehandlungen verwendet werden.⁵⁶³ So hat das OLG München⁵⁶⁴ einer Bank- und Kapitalmarktrechtskanzlei die Verwendung des Namens eines bestimmten Anlagefonds als Keyword mit der Begründung untersagt, dass sich die Verwender eines fremden, nicht mehr direkt mit der Berufstätigkeit an sich zusammenhängenden Suchbegriffes gerade nicht über anwaltliche Dienstleistungen informieren wollten. Insofern bewegt sich das Keyword-Advertising mit Begriffen, die nicht mehr indirekt mit der eigentlichen beruflichen Tätigkeit zusammenhängen, an der Grenze der sachlichen Werbung für freiberufliche Dienstleistungsangebote.

⁵⁵⁹ *Saenger/Rißle*, WRP 2005, S. 1468 (1471); *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 73.

⁵⁶⁰ *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1487).

⁵⁶¹ *Saenger/Rißle*, WRP 2005, S. 1468 (1471).

⁵⁶² *Steinbeck*, NJW 2003, S. 1481 (1487).

⁵⁶³ *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet, S. 86 f.; *Borowski*, ZAP Fach 23, S. 819 (834); *Hübsch*, K&R 2006, S. 223 (224).

⁵⁶⁴ Urteil v. 26.10.2006 – 7 O 16794/06, MMR 2007, S. 125-128.

d) Versteigerung von Rechts- und Steuerberatungen

Dass im Internet die durch die Rechtsprechung bedingte Liberalisierung des freiberuflichen Werberechts besonders weit fortgeschritten ist, zeigt anschaulich ein weiteres Urteil des BVerfG⁵⁶⁵, in dem die Verfassungsrichter die Versteigerung zeitlich begrenzter außergerichtlicher Beratungen per Online-Auktion als nicht berufswidrig angesehen haben. Die eingestellten Angebote wurden mit der Begründung als Werbemaßnahmen klassifiziert, dass ein solches Verhalten wie jede andere Werbung planvoll darauf angelegt sei, andere dafür zu gewinnen, die Leistungen des anbietenden Rechtsanwalts in Anspruch zu nehmen. Daran ändere der Umstand nichts, dass ein solches Versteigerungsangebot über die sonstigen Formen der Werbung insofern hinausgehe, als Interessenten nicht nur über die Leistung des Anbieters informiert würden, sondern ihnen die zusätzliche Möglichkeit geboten werde, durch Abgabe von Geboten zur Preisermittlung beizutragen und mit der Abgabe des Höchstgebotes auf diesem Weg auch Vertragspartner des Rechtsanwalts zu werden.⁵⁶⁶ Eine solche Werbung sei zudem nicht auf die Erteilung eines Auftrages im Einzelfall gerichtet, da sie mangels Kenntnis vom potentiellen Mandanten von dessen Beratungsbedarf und eigenständigem Aufruf der Internetseite des Auktionshauses abhängt.⁵⁶⁷ Ebenso könne sie nicht auf die Bewertung als unsachliche Werbung gestützt werden. Die Versteigerung von Beratungsleistungen über ein Internetauktionshaus deute weder auf eine Vernachlässigung von anwaltlichen Berufspflichten hin noch gefährde sie die ordnungsgemäße Berufsausübung.⁵⁶⁸ Auch lasse allein das Zustandekommen des Mandats über eine Internetauktion keinen Rückschluss auf die spätere Bearbeitung der Sache durch den Rechtsanwalt zu.⁵⁶⁹ Im Zuge dieser Feststellungen beruft sich das Gericht dabei wieder auf den bekannten Grundsatz, dass Werbung über eine passive Darstellungsplattform regelmäßig nicht belästige und sich keiner breiten Öffentlichkeit unvorbereitet aufdränge.⁵⁷⁰ Mit Blick auf den grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit dürfe demnach für Rechtsanwälte ein Verbot der Versteigerung anwaltlicher Beratungsleistungen in einem Internetauktionshaus nicht auf die Einordnung als eine der Form nach oder aufgrund des Inhalts unsachliche Werbung gestützt werden.⁵⁷¹

⁵⁶⁵ Urteil v. 19.02.2008 – 1 BvR 1886/06, WRP 2008, S. 492 ff.; zustimmend *Römermann*, K&R 2008, S. 240 (241) und *Heckmann*, jurisPR-ITR 10/2008, Anm. 2.

⁵⁶⁶ BVerfG, WRP 2008, S. 492 (493).

⁵⁶⁷ BVerfG, WRP 2008, S. 492 (493).

⁵⁶⁸ BVerfG, WRP 2008, S. 492 (493).

⁵⁶⁹ BVerfG, WRP 2008, S. 493 (494).

⁵⁷⁰ BVerfG, WRP 2008, S. 493 (494) mit Verweis auf BVerfG, NJW 2004, S. 2656 (2658).

⁵⁷¹ Wobei sich das BVerfG nicht mit den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles zu beschäftigen hatte, sondern nur mit der generellen Zulässigkeit der Versteigerung von anwaltlichen Dienstleistungen. Im streitgegenständlichen Fall wurde bei der Auktion ein Foto mit einem Babygesicht verwendet. Da ein solches Foto keinen inhaltlichen Bezug zur angebotenen familienrechtlichen Beratung hat, war im Grunde keine Sachlichkeit gegeben; vielmehr hätte neutral das Logo des werbenden Anwalts o.ä. verwendet werden müssen.

Somit zählen in konsequenter Anwendung des Sachlichkeitserfordernisses des § 43b BRAO auch Auktionen zu den zulässigen Vertriebs- und Marketingwegen anwaltlicher Leistungen im Internet, sofern die zur Aktion gehörigen Angaben keinen irreführenden Eindruck erwecken.⁵⁷² Für Notare und Ärzte hat eine derartige Werbung zwar keine Bedeutung,⁵⁷³ den anderen beratenden Freiberuflern ist dieser Vertriebsweg aber zumindest für bestimmte Dienstleistungen eröffnet: Bei Wirtschaftsprüfern sind freie Honorarvereinbarungen und damit auch die Versteigerung von Beratungsleistungen für solche Tätigkeiten möglich, die nach § 55 Abs. 1 WPO keiner weitergehenden Vergütungsreglementierung unterliegen. Steuerberater sind dagegen grundsätzlich an die Steuerberatervergütungsverordnung gebunden. Nach dieser sind aber gem. § 14 StBVV Pauschalvergütungen für bestimmte mindestens ein Jahr laufend auszuführende Tätigkeiten möglich, so dass die Internet-Versteigerung solcher Leistungen ebenso zulässig ist.⁵⁷⁴ Dies gilt zudem für die der anwaltlichen Beratung vergleichbaren Tätigkeiten nach § 57 Abs. 3 Nr. 2 und 3 StBerG, also für reine Beratungsleistungen, wirtschaftsberatende, gutachterliche oder treuhänderische Tätigkeiten sowie für die Erteilung von Bescheinigungen über die Beachtung steuerrechtlicher Vorschriften in Vermögensübersichten und Erfolgsrechnungen. *Waschke*⁵⁷⁵ weist zudem darauf hin, dass auch der BGH⁵⁷⁶ in der besonderen zeitabhängigen Gebührenabrechnung einer Steuerberaterhotline eine zulässige Abweichung vom festen Gebührenrahmen der StBVV gesehen habe, weil nur ein alternativer Modus der Gebührenberechnung gewählt worden sei und keine auf Dauer angelegte Preisunterschreitung. Da es bei einmaligen Auktionspreisen ähnlich liegt, ist insofern mit einer weitergehenden und von der Rechtsprechung unterstützten Liberalisierung des derzeit noch restriktiven Gebührenrechts auch bei den Steuerberatern zu rechnen.

⁵⁷² Aus Sicht des Gerichts sei es nicht irreführend, dass bei Internetauktionen der Preis oftmals kurz vor Ende der Auktion ansteige und dies bedinge, dass im Zusammenhang mit dem Angebot zunächst ein Preis genannt werde, der letztlich nicht dem entspreche, für den die Leistung schließlich zu erhalten sei. Sofern der anfänglich bei der Auktion angegebene Preis ausdrücklich als „Startpreis“ oder „aktuelles Höchstgebot“ bezeichnet werde, sei die Annahme einer irreführenden Werbung deswegen nicht gerechtfertigt, so BVerfG, WRP 2008, S. 493 (494).

⁵⁷³ Die Gebühren der Notare sind fest geregelt im Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (KostO); abweichende Vereinbarungen sind nach § 140 KostO unwirksam. Ebenso sind die einzelnen Gebühren für die jeweilige kassenärztliche Leistung grundsätzlich fest in der Gebührenordnung der Ärzte (GOÄ) geregelt bzw. in den entsprechenden Gebührenordnungen der Zahn- und Tierärzte. Siehe hierzu auch Fn. 577.

⁵⁷⁴ Wobei hier einschränkend zu beachten ist, dass nach § 14 Abs. 3 StBVV der Gebührenanteil der Pauschalvergütung in einem angemessenem Verhältnis zur Leistung des Steuerberaters stehen muss, was zumindest einen gewissen Startpreis der Auktion erforderlich macht.

⁵⁷⁵ DSr 2008, S. 1067 (1067 f.).

⁵⁷⁶ Urt. v. 30.09.2004 – I ZR 89/02, WRP 2005, S. 602-605.

e) Preisunterbietung ärztlicher Leistungen über spezialisierte Internetplattformen Für Ärzte – insbesondere Zahnärzte – gibt es eine der Versteigerung vergleichbare Möglichkeit, ihre Leistungen im Internet zu bewerben: Auf spezialisierten Internetplattformen⁵⁷⁷ können sie ein Kostenangebot eines Kollegen mit einem eigenen Honorarvorschlag für die gleiche Leistung nachträglich unterbieten. Dafür stellt ein registrierter Patient für eine geringe Gebühr den anonymisierten Heil- und Kostenplan bzw. den Kostenvoranschlag seines Arztes auf das Internetportal ein, um alternative Kosteneinschätzungen zu bekommen. Aus den fünf günstigsten Vorschlägen kann er dann auswählen; falls aufgrund dieser Internetvermittlung eine Behandlung durchgeführt wird, zahlt der neue Arzt an den Plattformbetreiber ein Entgelt in prozentualer Abhängigkeit zum Honorar.⁵⁷⁸

Nach Ansicht des BGH⁵⁷⁹ verstoße ein Zahnarzt, der derart auf einer Internetplattform ein Gegenangebot zu dem Heil- und Kostenplan oder Kostenvoranschlag eines Kollegen abgebe, weder gegen das berufsrechtliche Kollegialitätsgebot des § 8 Abs. 2 MBO noch gegen das Verbot vergleichender Werbung aus § 21 Abs. 1 S. 3 MBO.⁵⁸⁰ Ein solches Vorgehen sei genauso, als ob ein Patient von sich aus einen zweiten Zahnarzt aufsuche und ihn unter Hinweis auf die vom ersten Zahnarzt ermittelten Kosten ebenfalls um eine Berechnung der voraussichtlichen Kosten bitte.⁵⁸¹ Die Erstellung des Gegenangebots stelle insofern kein berufsunwürdiges Verhalten dar, sondern eine nach § 21 Abs. 1 S. 1 der Berufsordnung zulässige Information über die eigene Berufstätigkeit. Denn der Zahnarzt präsentiere mit dem zweiten Angebot lediglich seine eigene Leistung, die nach der ihm vom Patienten gemachten Vorgabe zwar weniger Kosten verursachen, aber denselben Umfang haben solle. Der ursprüngliche Behandler habe vor dem Hintergrund des Rechts des Patienten auf freie Arztwahl einen durch ein solches Gegenangebot herbeigeführten Wechsel des Zahnarztes hinzunehmen.⁵⁸² Ein Fall verbotener Werbung liege nur vor, wenn sich ein Zahnarzt mit einem günstigeren Angebot von sich aus direkt an den Patienten wende, nachdem er von dessen Behandlungsbedarf von dritter Seite erfahren habe.⁵⁸³ Der BGH ist ferner der Auffassung, dass auch nicht angenommen werden könne, dass ein solches Vermittlungsmodell dazu führe, dass Behandlungen vielfach zu Dumpingpreisen erfolgen und deshalb nicht ordnungsgemäß ausgeführt

⁵⁷⁷ Siehe beispielsweise <http://www.arzt-preisvergleich.de>; <http://www.zahngebot.de> sowie <http://www.2te-zahnarztmeinung.de> (Zugriff März 2013).

⁵⁷⁸ So die Sachverhaltsdarstellung bei BGH, NJW 2011, S. 2207.

⁵⁷⁹ Urt. v. 01.12.2010 – I ZR 55/08, NJW 2011, S. 2207 ff. mit kritischer Anmerkung von *Ullmann*, jurisPR-WettbR 3/2011, Anm. 1.

⁵⁸⁰ Auch sei es nicht unzulässig i.S.d. § 8 Abs. 5 MBO, dass der Betreiber der Internetplattform bei Zustandekommens des Behandlungsvertrags einen Teil des ärztlichen Honorars bekomme, da er dieses als Entgelt für die erfolgreiche Nutzung des Dienstes und nicht als Provision für die Vermittlung von Patienten erhalte; siehe hierzu Rn. 22 des Urteils m.w.N sowie zum Vergütungsanspruch weiterführend BGH, NJW 2011, S. 2207 (2209, Rn. 22).

⁵⁸¹ BGH, NJW 2011, S. 2207 (2208, Rn. 16).

⁵⁸² BGH, NJW 2011, S. 2207 (2208, Rn. 14).

⁵⁸³ BGH, NJW 2011, S. 2207 (2208, Rn. 15).

würden. Auch sei nicht anzunehmen, dass die beteiligten Zahnärzte zu Honorarforderungen verleitet würden, die in Widerspruch zur Gebührenordnung für Zahnärzte stünden.⁵⁸⁴ Vielmehr würde dem Patienten ermöglicht, weitergehende Informationen zu den für ihn bestehenden Behandlungsmöglichkeiten und zu deren Kosten zu erhalten und dadurch seine Chancen zu erhöhen, eine zahnärztliche Versorgung mit einem für ihn vorteilhaften Kosten-Nutzen-Verhältnis zu erlangen. Dies diene den Zahnärzten genauso wie den Gesundheitsinteressen der anfragenden Patienten wie auch der Allgemeinheit und sei deswegen nicht zu beanstanden.⁵⁸⁵

Die Vorinstanz des OLG München⁵⁸⁶ sah dagegen die in dieser Form vorgenommene nachträgliche Preisunterbietung wegen der fehlenden persönlichen Untersuchung des Patienten als wettbewerbswidrig an. Aus Sicht des Gerichts führe eine solche Plattform dazu, dass ein Patient allein aus Kostengesichtspunkten vom Behandlungsverhältnis mit dem ursprünglichen Arzt Abstand nehme.⁵⁸⁷ Es sei berufsunwürdig, einen Kollegen derart aus seiner Behandlungstätigkeit zu verdrängen, indem der zuerst anbietende Arzt ohne die Möglichkeit, gegen die Unterbietung vorzugehen, von den konkurrierenden Ärzten ausgestochen werde.⁵⁸⁸ Einziges Ziel von über solche Plattformen übermittelten Angeboten sei es, das alte Behandlungsverhältnis zu kappen und ein nur auf dem niedrigeren Preis basierendes neues zu begründen.⁵⁸⁹ Dies sei deshalb in besonderem Maße unlauter, weil die anbietenden Ärzte eine Sichtung des Patienten überhaupt nicht vornähmen, sondern allein von der Papierform her entscheiden würden.⁵⁹⁰ Im Normalfall wäre das Einholen einer zweiten Meinung bzw. eines zweiten Kostenvoranschlags aber regelmäßig mit einem unmittelbaren und direkten Kontakt zu dem zweitbehandelnden Arzt verbunden, bei dem auch eine persönliche Untersuchung stattfinden würde.⁵⁹¹

In diesem Punkt unterscheidet sich die Vermittlung über eine Internetplattform also entscheidend von der herkömmlichen Vorgehensweise, bei der ein Patient persönlich Kontakt zu einem zweiten Zahnarzt aufnimmt, um diesen um ein alternatives Kostenangebot zu bitten. Denn nur so findet eine Beratung auf Grundlage der vor Ort festgestellten Behandlungsbedürftigkeit statt. Ohne direkte Untersuchung werden aber über das Internet Kostenangebote abgegeben, die mangels persönlicher Inaugenscheinnahme die entscheidenden Grundlagen nicht enthalten können, die der ursprünglich behandelnde Arzt gerade seinem Angebot zugrunde legen

⁵⁸⁴ BGH, NJW 2011, S. 2207 (2208, Rn. 18).

⁵⁸⁵ BGH, NJW 2011, S. 2207 (2208, Rn. 16).

⁵⁸⁶ Entsch. v. 13.03.2008 – 6 U 1623/07, MedR 2008, S. 509 ff. mit Anmerkung von *Berger*, jurisPR-ITR 23/2008, Anm. 5. Siehe auch ähnlich OLG Frankfurt, Entsch. v. 19.03.2010 – 10 U 163/09 (juris).

⁵⁸⁷ OLG München, MedR 2008, S. 509 (510).

⁵⁸⁸ OLG München, MedR 2008, S. 509 (510). Auf dieses Argument auch abstellend OLG Frankfurt, Entsch. v. 19.03.2010 – 10 U 163/09, Rn. 31 (juris).

⁵⁸⁹ OLG München, MedR 2008, S. 509 (510).

⁵⁹⁰ OLG München, MedR 2008, S. 509 (510).

⁵⁹¹ OLG München, MedR 2008, S. 509 (510).

musste und die unter Umständen die im Vergleich höhere Kostennote begründet haben. Schließlich können gerade Zahnärzte ohne vorherige Untersuchung nicht einschätzen, welche in dem zu unterbietenden Heil- und Kostenplan aufgeführten Behandlungen bei dem Patienten erforderlich sind, ob diese gegebenenfalls billiger erbracht werden oder durch eine kostengünstigere, aber qualitativ gleichwertige Alternative ersetzt werden können.⁵⁹² Deswegen ist es durchaus möglich, dass ein niedrigeres Gegenangebot nach einer persönlichen Untersuchung des Neuversorgers vor Ort wieder zurückgezogen und revidiert werden muss. Es bestehen somit zwei Gefahren für den Patienten: Zum einen die Möglichkeit, bereits im Vorfeld auf unseriöse Angebote hereinzufallen, die auf unter Umständen riskanten Behandlungsplänen und minderwertigen Materialien oder veralteten Techniken basieren, und zum anderen die Wahrscheinlichkeit, im Endeffekt nach Abschluss der alternativ gewählten Behandlung mindestens genauso viel zu zahlen wie ursprünglich vom Vorbehandler schon errechnet.

Dass diese abstrakten Gefahren vor dem Hintergrund der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG es aber nicht rechtfertigen, einem Zahnarzt mit dem Argument, er habe keine persönliche Untersuchung des Patienten vorgenommen, die Abgabe eines Gegenangebots allgemein zu versagen, wird so vom BGH gesehen: Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe sei schließlich noch nicht darüber entschieden, mit welchem Inhalt ein möglicher Behandlungsvertrag zustande komme, sondern es gehe zunächst nur darum, zu prüfen, ob für den Patienten kostengünstigere Alternativen bestünden. Es sei ausreichend, wenn diese dann auf ihre Durchführbarkeit überprüft würden, wenn es zur Fixierung und Überprüfung des Kostenrahmens des vorgeschlagenen Heil- und Kostenplanes zu der benötigten persönlichen Untersuchung des Patienten komme.⁵⁹³

Das BVerfG⁵⁹⁴ steht ebenfalls auf dem Standpunkt, dass die Abgabe einer Kosteneinschätzung ohne vorherige persönliche Untersuchung des Patienten nicht als Verletzung von Berufspflichten beurteilt werden dürfe. Denn es seien keine einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigende Gründe des Gemeinwohls zu erkennen, warum bereits im Stadium der Anbahnung der Arzt-Patienten-Beziehung ein persönlicher Kontakt vorhanden sein müsse.⁵⁹⁵ Der die Schätzung abgebende Zahnarzt verfüge durch den bereits vom ursprünglichen Zahnarzt vorliegenden Heil- und Kostenplan oder Kostenvoranschlag über ausreichende Befundsdaten zur vorgesehenen Behandlung und den damit verbundenen Schwierigkeiten sowie dem Zeitaufwand, der mit dem Behandlungsfall verbunden sein könne. Dass dennoch eine persönliche Untersuchung für eine nicht-verbindliche Kostenschätzung

⁵⁹² So OLG Frankfurt, Entsch. v. 19.03.2010 – 10 U 163/09, Rn. 30 (juris).

⁵⁹³ BGH, Urt. v. 24.03.2011 – III ZR 69/10, NJW 2011, S. 2209 (2210, Rn. 11).

⁵⁹⁴ Beschl. v. 08.12.2010 – 1 BvR 1287/08, NJW 2011, S. 665 ff. Siehe die Anmerkungen von Berger, jurisPR-ITR 1/2011, Anm. 5 sowie Bonvie, jurisPR-MedizinR 2/2011, Anm. 4.

⁵⁹⁵ BVerfG, NJW 2011, S. 665 (666, Rn. 22 f.).

erforderlich sein solle, „leuchtet nicht ein“.⁵⁹⁶ Zwar sei es richtig, dass die Entwicklung eines Vertrauensverhältnisses ein wesentlicher Faktor für die Aufnahme einer zahnärztlichen Behandlung sei: „Die Entwicklung eines solchen Vertrauensverhältnisses wird durch die Nutzung der Internetplattform freilich keineswegs ausgeschlossen; denn wenn sich der Patient für einen der Zahnärzte, die auf der Plattform eine Kostenschätzung abgegeben haben, entscheidet, folgt ohnehin eine persönliche Untersuchung, aufgrund der der Zahnarzt nunmehr einen verbindlichen Heil- und Kostenplan oder Kostenvoranschlag erstellt. Ab diesem Zeitpunkt unterscheidet sich das Behandlungsverhältnis dann auch grundsätzlich nicht mehr von jenen, die auf „traditionelle“ Weise zustande gekommen sind. Die Internetplattform erleichtert damit letztlich für den Nutzer nur den Preisvergleich und die Kontaktabtattung. Beides sind aber Aspekte, die dem Patientenschutz nicht entgegenstehen und die daher nicht geeignet sind, eine Beschränkung der Berufsfreiheit zu rechtfertigen.“⁵⁹⁷

Aufgrund dieser aktuellen obergerichtlichen Entscheidungen sind auch ärztliche Preisunterbietungsplattformen als anerkannte Werbeformen anzusehen. Da diese zum Teil sogar von den Krankenkassen explizit beworben und vom TÜV geprüft werden, zeigt sich mit diesen – ähnlich wie mit den Online-Versteigerungen von Anwaltsleistungen⁵⁹⁸ –, wie weit die durch den Schutz der Berufsfreiheit entstandene Werbeliberalisierung mittlerweile geht.⁵⁹⁹ Es werden sogar Abwerbe- und Akquirierungsmaßnahmen umfasst, die mit dem Argument, dass im Gesundheitswesen im Unterschied zum Bereich der rechts- und steuerberatenden Berufe ein seriöser Kostenvoranschlag bzw. Heilplan regelmäßig eine vorherige persönliche Untersuchung des Patienten voraussetzen sollte, durchaus zum Schutz der Bevölkerung als unzulässig angesehen werden könnten. Eine solche Sichtweise wurde aber mit der aktuellen Rechtsprechung gänzlich unterbunden, weswegen Preisunterbietungsplattformen auch für Ärzte anderer Fachrichtungen, die ebenfalls regelmäßig

⁵⁹⁶ BVerfG, NJW 2011, S. 665 (666, Rn. 23).

⁵⁹⁷ BVerfG, NJW 2011, S. 665 (666, Rn. 24). Auch die insofern bestehende Einzelgefahr von „Lockvogelangeboten“, also besonders günstigen, aber nicht erbringbaren Angeboten, die den Patienten lediglich zu dem Behandler locken sollen, könne nach Ansicht des BVerfG ein allgemeines Verbot der Kosteneinschätzung über das Internet nicht rechtfertigen, sondern erlaube allenfalls ein Vorgehen gegenüber dem jeweiligen Zahnarzt, siehe Rn. 26 d. Beschlusses mit weiteren Ausführungen.

⁵⁹⁸ Siehe oben, S. 122 ff.

⁵⁹⁹ Interessanterweise hat die Stiftung Warentest Mitte 2006 auf der Internetplattform www.2tezahnarztmeinung.de zu Testzwecken 19 Heil- und Kostenpläne eingestellt. Verdeckt wurden die ausgewählten Zahnärzte besucht, die die günstigsten Angebote gemacht hatten, und anschließend deren Therapiepläne fachgutachterlich bewertet. Die Ersparnisse lagen meist zwischen 20 % und 50 %, maximal sogar bei 62 %. Überwiegend wurden die Einsparungen laut Testbericht in der Tat durch Preisreduzierungen in den Material- und Laborkosten realisiert (Quelle: <http://www.test.de>, Zugriff März 2013).

Leistungen mit vorherigen Heil- und Kostenplänen erbringen (z.B. Augenärzte beim Augenlasern), als taugliche Werbemaßnahmen in Betracht kommen.⁶⁰⁰

3. Sonstige internetspezifische Werbemöglichkeiten

a) E-Mail-Newsletter

Eine weitere, nicht direkt im Web-Browser stattfindende sonstige internetspezifische Werbeform ist der grundsätzlich unbedenkliche Versand eines Newsletters per E-Mail an vorhandene sowie potentielle Mandanten und Patienten nach vorheriger Einwilligung.⁶⁰¹ Über diesen Weg kann der Freiberufler seine Mandanten und Patienten individuell an Besprechungs- und Behandlungstermine und weitere besondere Anlässe (zu denken ist bei Rechtsanwälten an bevorstehende Gerichtstermine oder ablaufende Fristen, bei Ärzten beispielsweise an die Notwendigkeit bestimmter Impfungen oder Termine zur Vorsorgeuntersuchung) erinnern sowie allgemein über geänderte Sprechzeiten, Urlaubstermine, aber auch über rechtliche Entwicklungen, aktuelle Urteile oder neue Behandlungsmethoden informieren.⁶⁰²

b) Internetgesteuerte Werbebildschirme

Als weiteres modernes Werbemittel hat sich in letzter Zeit die Werbung mittels Bildschirmen verbreitet, die an verschiedenen, von der Öffentlichkeit stark frequentierten Orten (wie z.B. dem Kassenbereich von Supermärkten und Kaufhäusern sowie in Mensen, Straßenbahnen oder auch im Wartezimmer⁶⁰³) aufgestellt werden und dort das zumeist wartende Publikum mit einem Mix aus aktuellen Nachrichten und Werbeeinblendungen informieren. Per Internetzugang werden die übermittelten Inhalte verändert und aktualisiert, so dass nur noch allgemeine Wartungsmaßnahmen vor Ort vorgenommen werden müssen. Eine solche Werbung kombiniert zumeist tonlos die Darstellungselemente von Anzeigen und Fernsehspots und ist

⁶⁰⁰ *Berger*, jurisPR-ITR 1/2011, Anm. 5. – Aktuell wegen des damit entstehenden zeitlichen Entscheidungsdruckes strittig, aber nicht noch höchstrichterlich entschieden ist das Anbieten stark rabattierter und zeitlich- wie mengenmäßig begrenzter (zahn-)ärztlicher Leistungen auf Online-Gut-scheinportalen, siehe LG Köln. Urt. v. 21.06.2012 – 31 O 25/12, MMR 2012, S. 682 ff.; Urt. v. 21.06.2012 – 31 O 767/11, ZMGR 2012, S. 362 ff.; LG Hamburg, Urt. v. 12.01.2012 – 327 O 443/11, WRP 2012, S. 602 ff.

⁶⁰¹ Da die Zusendung unverlangter E-Mail-Newsletter regelmäßig als unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG anzusehen ist, sind E-Mails an Mandanten und Patienten nur mit ausdrücklicher Einwilligung erlaubt. – Siehe hierzu auch *Hoff*, AnwBl 2002, 277 (284 f.); *Kleine-Cosack*, *Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe*, Rn. 810; *Babner*, *Werberecht für Ärzte*, S. 179.

⁶⁰² *Kazemi*, *MedR* 2005, S. 17 (21); *Babner*, *Werberecht für Ärzte*, S. 179.

⁶⁰³ Zwar wurde in einer Entscheidung des VG Münster (v. 20.05.1998 – 6 K 3821-97, NJW-RR 1999, S. 263 ff.) die Einrichtung eines visuellen Wartezimmer-Informationssystems als unzulässig angesehen, dies aber nur, weil dort auch kommerzielle Werbung von gewerblich tätigen Dritten einblendet wurde.

im Rahmen der dargestellten Reglementierungen für sämtliche Freiberufler ebenfalls unproblematisch zulässig.

II. Ergebnis und Stellungnahme

1. *Ergebnis*

Eingangs wurde die grundsätzliche Zulässigkeit der freiberuflichen Internetwerbung aus den Grundsätzen der zum Werberecht der Apotheker im Jahr 1996 ergangenen und in dieser Arbeit wiederholt herangezogenen Apothekenwerbeentscheidung des BVerfG hergeleitet. Weiter wurde ausgeführt, dass in dieser ausdrücklich hervorgehoben wurde, dass sich die Zulässigkeit der Werbemöglichkeiten der Freiberufler an der Sichtweise der Werbeadressaten zu orientieren habe. In diesem Zusammenhang wurde dargelegt, dass besonders im Internet die angesprochenen Verkehrskreise maßgeblichen Einfluss auf die Frage haben, welche in diesem Medium verwendeten Werbeformen erlaubt sind. Die anschließend vorgenommene Prüfung hat bestätigt, dass diese vor über zehn Jahren getroffenen Kernaussagen auch weiterhin Bestand haben. Da die Verbraucher an Werbung auf den meist kostenlosen Internetseiten gewöhnt und dementsprechend kritisch sind, haben sich keine neuen Gesichtspunkte ergeben, die die am Anfang dieses Teils in Frage gestellte grundsätzliche Zulässigkeit des Internets als Werbeträger zweifelhaft erscheinen lassen.

Im Ergebnis stehen somit den Freiberuflern fast alle Formen der Online-Werbung zur Verfügung, die auch die Gewerbetreibenden zur Information über ihre Dienstleistungen nutzen können. Sofern einzelne Werbeformen als unzulässig anzusehen sind (wie z.B. die Pop-un-Werbung), liegt das an deren grob belästigenden und aufdringlichen Eigenart im Einzelfall. In den anderen dargestellten Zweifelsfällen (wie der Eröffnung eines Gästebuchs oder der Versteigerung freiberuflicher Dienstleistungen), in denen die Werbemaßnahmen nicht ohne weiteres aufgrund fest zu bestimmender Kriterien, etwa Gestaltung, Inhalt oder Verwendung bestimmter Stilmittel als berufswidrig eingestuft werden können, ist angesichts der Berufsausübungsfreiheit der Freiberufler eine Unzulässigkeit dagegen grundsätzlich zunächst zu verneinen. Maßgebend bleibt letztlich die abschließende Gesamtbeurteilung aller Umstände, nach der einer Werbeform ihre grundsätzliche Zulässigkeit trotz der gebotenen verfassungskonformen Auslegung der berufsrechtlichen Werbenormen regelmäßig erst dann abzusprechen ist, wenn die Ausgestaltung der Werbemaßnahme unsachlich, das heißt evident übertrieben oder marktschreierisch ist oder ihr Inhalt irreführend ist oder keinen herleitbaren Bezug zur freiberuflichen Tätigkeit mehr aufweist.

2. *Stellungnahme*

Die früher für einen Freiberufler in Frage kommenden „modernen“ Formen medialer Selbstdarstellungen waren auf Auftritte bzw. Spots in Radio, Fernsehen und Kino beschränkt. Von diesen Möglichkeiten wurde aus Kostengründen jedoch

kaum Gebrauch gemacht; zudem sind diese Medien für den Freiberufler aufgrund seines regelmäßig räumlich begrenzten Tätigkeitsbereiches durch ihre zumeist überregionale und entsprechend kostenpflichtige Ausstrahlungswirkung nur begrenzt interessant. Die Attraktivität des verhältnismäßig „jungen“ Mediums Internet als kostengünstiges und dennoch effektives Marketinginstrument liegt deswegen speziell in der Möglichkeit multimedialer Anwendungen, die die Eigenschaften der herkömmlichen Medien Presse, Radio und Fernsehen miteinander vereinen. Durch die oben dargestellten Werbemöglichkeiten wird das bisherige Spektrum freiberuflicher Werbung erheblich erweitert. Der Freiberufler kann seine Homepage durch Angabe persönlicher Informationen und entsprechender Weiterleitungen attraktiv gestalten⁶⁰⁴ und Mandanten und Patienten mittels E-Mail-Newslettern, ergänzenden Downloadmöglichkeiten und aktuellen Podcasts oder RSS-Feeds wiederkehrend auf seine Seite ziehen. Mit zunehmender Verbreitung von leistungsfähigen Breitbandanschlüssen können zudem die dort noch vorherrschenden Standbilder durch flüssige Audio- und Videopräsentationen ersetzt werden. Auch die Versteigerung von Beratungsleistungen sowie die Nutzung von spezialisierten Webseiten zur Preisunterbietung können zur „Kundengewinnung“ genutzt werden. Die berufsübergreifende Nutzung der dargestellten internetspezifischen Werbemöglichkeiten und die mit der technischen Weiterentwicklung einhergehenden Neuerungen steigern die Attraktivität der freiberuflichen Werbung im Internet somit erheblich.

Dennoch wird von den Berufsangehörigen nach wie vor, vor allem bei den etwas ungewöhnlicheren Werbeformen, wie etwa der Bannerwerbung oder der Veröffentlichung von Gegnerlisten, eine merkliche Zurückhaltung an den Tag gelegt. Im Regelfall bleiben die werbenden Darstellungen im Internet wenig innovativ und orientieren sich an den Gestaltungselementen und Inhalten der Kanzlei- und Praxisbroschüren. Im Ergebnis sind schon jetzt weit mehr internetspezifische Werbeformen zulässig, als bislang tatsächlich verwendet werden. Offensichtlich verhindert trotz des steigenden Konkurrenzdrucks aller Freiberufler ein gewisses Standesdenken – vielleicht auch in Verbindung mit technischer Unwissenheit – weiterhin die effektive Vermarktung der eigenen Tätigkeit mit sämtlichen Mitteln des Internets. Interessant wird insofern sein, ob und wie sich die allgemeinen Trends zu Livestreaming, Video- und Audiopodcasts sowie sozialen Netzwerken und Blogs auch auf die freiberufliche Werbung auswirken werden.

⁶⁰⁴ Interessant ist, dass in der Literatur teilweise noch von „bunten und umfangreichen“ Internetseiten gesprochen wird, die aufgrund der Eigenart des Mediums Internet immer „etwas schriller und aufdringlicher“ seien als etwa Kanzleibroschüren oder Zeitungsanzeigen (so z.B. *Knorr*, Rechtsanwältin im Internet, S. 22). Eine solche Gestaltung mag vielleicht in den Anfangszeiten des Internets zu Beginn des Jahrtausends, als es noch kaum entsprechend erfahrene Webdesigner gab, noch vereinzelt aufgetreten sein. Über zehn Jahre später sind derartige Homepages aber kaum noch zu finden (siehe die Ausnahmebeispiele in Fn. 436). Im Gegenteil – aktuelle Designs gehen eindeutig in die Richtung einer immer übersichtlicheren und dezenteren Präsentationsgestaltung mit einer Fokussierung auf bestimmte Inhalte und Darstellungsschwerpunkte.

E. Normierung freiberuflicher Werbung durch das UWG

I. Einleitung

Seitdem vor mehr als zwanzig Jahren das Bundesverfassungsgericht mit der Apothekenwerbeentscheidung den maßgeblichen Ansatz für die Öffnung des freiberuflichen Werberechts in medialer Hinsicht gegeben hat, ist es – wie die bisherige Darstellung gezeigt hat – gerade in den letzten Jahren zu einer fortschreitenden Liberalisierung der Art und Weise freiberuflicher Werbung gekommen. Mittlerweile dürfen die Berufsangehörigen vor allem im Internet mit Mitteln werben, die vor zwei Jahrzehnten noch unmöglich gewesen wären. Dieser Prozess ist jedoch keineswegs abgeschlossen, denn es ist auch festzustellen, dass manche der nunmehr erlaubten Werbemöglichkeiten nur vereinzelt genutzt werden. Trotzdem wird diese Entwicklung stetig weitergehen, so dass sich auf Dauer die Unterschiede in der Werbung der klassischen freien Berufe und der sonstigen gewerblichen Unternehmen immer mehr angleichen werden.

Vor diesem Hintergrund ist zu fragen, ob die derzeit vorhandenen Werbereglementierungen in den einzelnen Berufsgesetzen bzw. -ordnungen noch zeitgemäß sind. Schließlich unterfallen die Freiberufler schon jetzt nicht nur den für sie geltenden berufsspezifischen Werbebeschränkungen, sondern sind zugleich immer auch an die Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts, also dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁶⁰⁵ (UWG) gebunden.⁶⁰⁶ Da sie in ihrer Zwecksetzung das allgemeine Recht des UWG somit nur ergänzen, sind die speziellen freiberuflichen Werbereglementierungen nur dann gerechtfertigt, soweit sie im Gemeinwohlinteresse berufsspezifisch erforderlich sind. Die entscheidende Frage ist daher, ob und in welchem Umfang bei den freien Berufen noch ein – über andere gewerbliche Dienstleistungsberufe hinausgehender – „freiberufsspezifischer Verbotsüberhang“⁶⁰⁷ erforderlich ist, der ursächlich für eigenständige Werberestriktionen ist und diese damit im Berufsrecht zu legitimieren vermag.

⁶⁰⁵ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 03.06.2004 (BGBl. I, S. 1414) in der Fassung der Bekanntmachung vom 03.03.2010 (BGBl. I, S. 254).

⁶⁰⁶ Obwohl ihre Tätigkeit kein Gewerbe ist (vgl. bspw. § 2 Abs. 2 BRAO), sind sie in Ausübung ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit Unternehmer i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG. Ihre Werbung ist als geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG zu qualifizieren, wodurch der Anwendungsbereich des UWG eröffnet ist, so Fezer/Becker-Eberhard, § 4-S3, Rn. 38 m.w.N.; Hartung/Römermann/v. Lewinski, Vor § 6 BerufsO, Rn. 31 ff. sowie ausführlich Döbbelt, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 283-309;

⁶⁰⁷ Diesen Begriff anbringend *Kleine-Cosack*, Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, S. V sowie Rn. 224.

II. Das UWG als adäquates Regelungssystem

Die obige Prüfung hat ergeben, dass die für die Werbung einschlägigen Normen der Angehörigen der rechts- und steuerberatenden Berufen einerseits und der Heilberufe andererseits weitestgehend gleich sind.⁶⁰⁸ Ihr Regelungsgehalt verbietet berufsübergreifend irreführende, unwahre und unsachliche Werbung. Der Freiberufler hat sich einzig an diesen objektiven Kriterien zu orientieren, welche aber im Rahmen der Lauterkeit des UWG genauso die Werbung der Gewerbetreibenden begrenzen. Das UWG könnte also durchaus ein Regelungssystem bieten, auf das vollumfänglich zurückgegriffen werden könnte.

Eine genaue Betrachtung zeigt nämlich, dass die Verletzung der freiberuflichen Werbenormen nicht nur unter „Vorsprung durch Rechtsbruch“ nach § 4 Nr. 11 UWG fällt,⁶⁰⁹ sondern dass deren Vorgaben auch von den direkten Verbotstatbeständen des UWG erfasst werden: Wenn Tatsachenbehauptungen unwahr oder irreführend sind, verstoßen sie gegen die berufsrechtlichen Sachlichkeitsgebote – ebenso aber gegen § 5 UWG.⁶¹⁰ Auch wird dieses Gebot verletzt, wenn die Werbung zu einer unlauteren Herabsetzung oder gezielten Behinderung von Mitbewerbern führt. In diesem Fall greifen ebenfalls zugleich § 4 Nr. 7 und Nr. 10 UWG ein. Weitere unlautere Werbebelästigungen durch die Freiberufler werden umfassend von § 7 UWG erfasst und verboten; nach § 4 Nr. 8 UWG ebenso die unwahre Behauptung oder Verbreitung von Tatsachen über die Dienstleistungen oder die Kanzlei bzw. Praxis eines Mitbewerbers. § 6 UWG begrenzt desweiteren den zulässigen Rahmen vergleichender Werbung.⁶¹¹ Weiter ermöglicht § 4 Nr. 1 UWG freiberufliche Werbung zu untersagen, die auf den angesprochenen Verbraucher einen unangemessenen unsachlichen Einfluss ausübt. Hierbei ist zu beachten, dass § 4 Nr. 1 UWG Art. 8 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken⁶¹² umsetzt,⁶¹³ welcher ausdrücklich aggressive Geschäftspraktiken untersagt. Somit können über diese UWG-Norm auch grob anreißerische oder marktschreierische Aussagen und damit für das Vertrauen in die freiberufliche Stellung abträgliche

⁶⁰⁸ Dies auch feststellend *Kleine-Cosack*, *Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe*, Rn. 221.

⁶⁰⁹ Bei den Werbebeschränkungen der Freiberufler handelt es sich regelmäßig um Marktverhaltensregelungen i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG, S. differenzierend zu den einzelnen Regelungen Köhler/Bornkamm/*Köbler*, § 4, Rn. 11.59 ff.

⁶¹⁰ *Römermann* (in *Hartung/Römermann*, *Berufs- und Fachanwaltsordnung*, 4. Auflage, München 2008, Vor § 6 BerufsO, Rn. 157) weist richtigerweise darauf hin, dass nicht nur die Werbung mit falschen Angaben irreführend sei, sondern „auch diejenige mit wahrheitsgemäßen Informationen, die aber geeignet sind, irrige Vorstellungen hervorzurufen.“ Dies wird regelmäßig der Fall sein bei wertenden Angaben oder anreißerischen Werbeslogans, die sich jeder Nachprüfung entziehen, so dass auch diesbezüglich zwischen dem Irreführungsverbot des § 5 UWG und dem Kriterium der Sachlichkeit eine „weitgehende Übereinstimmung besteht“; so ebenda. Vgl. ebenfalls *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 40; *Döbbelt*, *Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht*, S. 308.

⁶¹¹ *Römermann*, *AnwBl* 2007, S. 744 (746).

⁶¹² Siehe Fn. 414.

⁶¹³ Siehe Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/10145 v. 20.08.2008, S. 18.

Werbung als unlauter untersagt werden. Weitere für den Einzelfall benötigte Begrenzungen ergeben sich zudem aus der ergänzenden Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG sowie aus § 3 Abs. 3 UWG in Verbindung mit dem Anhang des UWG aufgelisteten Tatbeständen unzulässiger geschäftlicher Handlungen.

Das zusätzlich bei den Rechtsanwälten und Steuerberatern bestehende Verbot der Einzelfallwerbung kann ebenfalls mit dem UWG durchgesetzt werden.⁶¹⁴ Nach § 4 Nr. 1 UWG ist es unlauter, Wettbewerbshandlungen vorzunehmen, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit durch Ausübung von Druck oder durch unangemessenen Einfluss zu beeinträchtigen. Von § 4 Nr. 2 UWG werden Wettbewerbshandlungen erfasst, die geeignet sind, die geschäftliche Unerfahrenheit, Leichtgläubigkeit, Angst oder Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen. Detaillierter als mit diesen Regelungen wird eine Abgrenzung vom erlaubten zum verbotenen Herantreten an potentielle Klienten auch im anwaltlichen Berufsrecht nicht vorgenommen.⁶¹⁵ Auch hier ist wieder zu beachten, dass § 4 Nr. 1 und § 4 Nr. 2 UWG die Artikel 8 und 9 der Richtlinie 2005/29/EG umsetzen und neben aggressiven Geschäftspraktiken so auch eine Belästigung, Nötigung und unzulässige Beeinflussung untersagt ist, durch die der Verbraucher veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Hierfür ist neben Zeitpunkt und Ort sowie Art und Dauer der Einflussnahme u.a. die Ausnutzung konkreter Unglückssituationen ein zur Unzulässigkeit einer Werbeansprache führender Faktor, worunter auch der Beratungsbedarf bei akuten Rechtsproblemen gezählt werden kann.

Im Grunde bedarf es also keinen eigenständigen berufsrechtlichen Werbereglementierungen, da schon das allgemeine Wettbewerbsgesetz ausreichend konkrete Begrenzungen enthält.⁶¹⁶ Bei den Wirtschaftsprüfern und den Steuerberatern ist

⁶¹⁴ Gleiches gilt für die in dieser Arbeit nicht ausführlich behandelten anwaltlichen Spezialvorschriften der §§ 6-10 BORA. Die nach § 6 Abs. 2 BORA unzulässige Angabe von Erfolgs- und Umsatzzahlen ruft einen irreführenden Eindruck bei potentiellen Mandanten hervor und ist damit nach § 5 UWG unzulässig; die Regelung der Schwerpunktangaben in § 7 BORA, die Bezeichnung als Mediator nach § 7a BORA sowie die Bestimmung des § 8 BORA über die berufliche Zusammenarbeit entsprechen ihrem Regelungsgehalt ebenfalls dem Grunde nach dem bei irreführenden Benennungen bzw. falschen Angaben eingreifenden Irreführungsverbot des § 5 UWG; gleiches gilt für § 9 und § 10 BORA. Siehe hierzu ausführlich wieder *Römermann*, AnWB 2007, S. 744 (746 f.).

⁶¹⁵ *Römermann*, AnWB 2007, S. 744 (746).

⁶¹⁶ Dies feststellend auch *Kleine-Cosack*, BRAO, Vor § 43b, Rn. 1; *Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe*, Rn. 24, 222 ff.; *Kühlung/Müller*, BRAK-Mitt. 2008, S. 5 (8); *Schulte*, *Werberecht der freien Berufe*, S. 52; *Döbbelt*, *Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht*, S. 309 u. 316 f.; *Hardege*, *Recht der freien Berufe*, S. 35 ff.; *Römermann*, AnWB 2007, S. 747; ebenso *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 40; differenzierung *Hartung/Römermann/v. Lewinski*, Vor § 6 BORA, Rn. 31 ff. – A.A. *Bomba* (Werbebeschränkungen freier Berufe, S. 100 f.), der aber noch davon ausgeht, dass die Berufskammern ein Fehlverhalten ihrer Angehörigen nicht über das UWG verfolgen könnten und deswegen die berufs- und standesrechtlichen Werbebeschränkungen nicht überflüssig seien; nach aktueller Fassung des UWG können aber auch die Berufskammern als Verbände zur Förderung selbständiger beruflicher Interessen ihre Ansprüche über § 8 Abs. 3 UWG geltend machen.

eine entsprechende Umstellung mit § 52 WPO⁶¹⁷ bzw. § 9 BOSTB⁶¹⁸ bereits erfolgt, ohne dass es hier zu erkennbaren Problemen gekommen ist.⁶¹⁹ Demgemäß fordert auch die Monopolkommission, die speziellen Werbevorschriften für Anwälte und Apotheker aufzuheben und deren Werbung allein dem UWG zu unterstellen.⁶²⁰ Bereits eine Vielzahl der Berufsordnungen für Apotheker definieren bereits jetzt schon unzulässige Werbemaßnahmen als solche, die unlauter, also nach dem UWG verboten sind.⁶²¹ Vor diesem Hintergrund erscheint eine Umstellung auch bei den Rechtsanwälten, Steuerberatern und Notaren möglich und ratsam. Für Ärzte wird dies richtigerweise ebenso gefordert.⁶²²

III. Freigabe der Werbemethoden der gewerblichen Wirtschaft

Wenn die freiberufliche Werbung lediglich dem UWG unterstellt wird, würden den Freiberuflern damit uneingeschränkt sämtliche Werbeformen und -methoden der Gewerbetreibenden offenstehen.⁶²³ Gerade diese wurden aber in einer Vielzahl der zum freiberuflichen Werberecht ergangenen Entscheidungen regelmäßig mit der Begründung als unzulässig angesehen, es handle sich bei ihnen um Methoden, welche „in der gewerblichen Wirtschaft“ üblich seien.⁶²⁴

⁶¹⁷ Siehe hierzu oben, S. 56.

⁶¹⁸ Siehe hierzu oben, S. 51.

⁶¹⁹ Hierauf hinweisend *Römermann*, AnwBl 2007, S. 747 und *Fezer/Becker-Eberhard*, § 4-S3, Rn. 40.

⁶²⁰ Die bisherigen Regelungen seien aus Gründen des Verbraucherschutzes nicht notwendig und hätten nur wenig zur Rechtssicherheit auf diesem Gebiet beigetragen; siehe das 16. Hauptgutachten 2004/2005 der Monopolkommission unter http://www.monopolkommission.de/haupt_16/presse_sum_h16.pdf (Zugriff März 2013), S. 49, Rn. 162 für Rechtsanwälte sowie S. 51, Rn. 171 für Apotheker.

⁶²¹ Vgl. die Berufsordnungen der Landesapothekerkammern Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Sachsen, Sachsen-Anhalt.

⁶²² So *Kretschmer*, Ärztliche Werbung, S. 69 f. Ausführlich zu einer Aufhebung des ärztlichen Werberechts und einer Reform der MBO auch *Bahner*, Werberecht für Ärzte, S. 51 ff. A. A. *Ratzel* in *Ratzel/Lippert*, MBO-Kommentar, Vorbemerkungen vor §§ 27 und 28, Rn. 3.

⁶²³ *Becker-Eberhard* (in *Fezer*, § 4-S3, Rn. 25 m.w.N. d. entspr. Rspr.) rechnet interessanterweise zu den Werbemethoden der gewerblichen Wirtschaft nur die Art reklamehafter Werbung, die aufdringlich ist oder sich selbst oder die eigene Leistung anpreist, sensationell herausstellt bzw. die Berufskollegen herabsetzt. Mit einer solchen Interpretation wäre dieser Begriff sicherlich ein taugliches Abgrenzungskriterium. Allerdings werden zu den Werbemethoden der gewerblichen Wirtschaft aber nicht nur diese unlauteren Werbeformen gezählt, sondern auch zulässige und nur besonders auffällig gestaltete Werbemethoden, unabhängig von einer eventuellen unlauteren inhaltlichen Ausgestaltung im Einzelfall.

⁶²⁴ Siehe bspw. BVerfGE 33, 125 (170); 60, 215 (232). Hierauf hinweisend *Kleine-Cosack*, Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 259 m.w.N. Nur den Apothekern wurde angesichts der direkten Konkurrenz zu sonstigen Gewerbetreibenden die Verwendung gewerblicher Methoden regelmäßig erlaubt, so dass die Problematik genaugenommen dahin definiert werden muss, ob den sonstigen Freiberuflern *ebenso* wie den Apothekern die Verwendung gewerblicher Werbemethoden erlaubt werden darf oder ob es noch Gründe gibt, hier zwischen den freiberuflichen Gruppierungen zu unterscheiden.

Diese Ansicht muss jedoch mittlerweile als überholt angesehen werden und hält einer näheren Überprüfung aus folgender Überlegung nicht stand: Bisher hat kein Gericht diese Methoden konkret definiert, sondern lediglich in Abhängigkeit des zu entscheidenden Falles festgelegt.⁶²⁵ Eine Abgrenzung zu den zulässigen „nichtgewerblichen“ Methoden ist nie erfolgt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht kann ein solch unbestimmtes Kriterium aber keine taugliche Grundlage für berufliche Einschränkungen sein. Nach der bei der freiberuflichen Werbung genauso wie bei Werbemaßnahmen von Gewerbetreibenden eingreifenden Berufsfreiheit darf nur eine gemeinwohlschädliche Werbemaßnahme untersagt werden.⁶²⁶ Bereits jedoch wegen der Vergleichbarkeit einer Werbemaßnahme zu den Werbemethoden der gewerblichen Wirtschaft eine solche Gemeinwohlschädlichkeit, also eine Beeinträchtigung des Vertrauens der Bevölkerung in die Berufsausübung des werbenden Freiberuflers anzunehmen, geht eindeutig zu weit.⁶²⁷ Infolgedessen stehen vielmehr schon jetzt durch die liberalisierten werberechtlichen Bestimmungen den Freiberuflern – wie oben ausführlich geprüft – in den neuen Medien genau die Werbemethoden offen, die ebenso von der gewerblichen Wirtschaft verwendet werden (z.B. Zeitungsinserate und Broschüren, Plakat-, Fernseh-, Radio- und Kinowerbung sowie die Versendung von Rundschreiben). Auch insofern spricht nichts gegen die Übertragung der freiberuflichen Werbung auf die Maßstäbe des UWG.

IV. Ergebnis

Die immer liberaler gewordene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Werberecht der freien Berufe – eindrucksvoller letzter Schritt ist die Einordnung der Versteigerung anwaltlicher Dienstleistungen als zulässige Werbung – zeigt, dass für die Beurteilung des freiberuflichen Werbeverhaltens nicht, wie in zahlreichen berufsrechtlichen Gerichtsentscheidungen der Vergangenheit geschehen, die unter Umständen strenge Auffassung des jeweiligen Berufsstandes, sondern Blickwinkel und Standpunkt der angesprochenen Verbraucher maßgeblich sind, die aber vollkommen ausreichend und allumfassend vom Regelungssystem des UWG geschützt werden. Da es also nicht die Sichtweisen des jeweiligen Berufsstandes sind, die entscheidungserheblich sind, bedarf es auch keiner speziellen Normierung des Werbeverhaltens in den jeweiligen Berufsgesetzen und -satzungen mehr. Da diese zudem – wie die Prüfung dieses Teils gezeigt hat – keine direkten Verbote mehr für

⁶²⁵ So Hartung/Römermann/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Auflage, München 2008, Vor § 6 BerufsO, Rn. 41; *Kleine-Cosack*, Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 256; *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 133.

⁶²⁶ Dies kann so übergreifend festgestellt werden, da die Gemeinwohlaspekte, welche zur Rechtfertigung von Werbeverboten bei Ärzten und Apothekern angeführt werden, weitgehend auch den Gründen entsprechen, welche bei den rechts- und steuerberatenden Berufen ebenfalls anerkannt sind. An die Stelle der Volksgesundheit tritt die Rechtspflege; der Patient wird durch den Klienten oder Mandanten ersetzt; so *Kleine-Cosack*, Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, Rn. 222.

⁶²⁷ Vgl. *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht, S. 134.

die Werbung in den Medien enthalten, es also auch diesbezüglich nichts gibt, was über den Regelungsmaßstab des UWG hinausgeht, ist kein Grund ersichtlich, der gegen eine vollkommene Übertragung des Werberechts der Freiberufler auf das allgemeine Wettbewerbsrecht spricht. Die Maßstäbe und Sanktionsmöglichkeiten des UWG sind zur Regelung des freiberuflichen Werbeverhaltens absolut ausreichend, schließlich lassen die auch jetzt schon zulässigen Werbemöglichkeiten kaum noch einen Unterschied zur gewerblichen Werbung erkennen.⁶²⁸ Die entsprechenden Umstellungen sind – ohne in der juristischen Literatur großes Aufsehen zu erregen – bereits bei den Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern sowie in einzelnen Apothekerberufsordnungen erfolgt und sollten auch bei den restlichen Freiberuflern vorgenommen werden. Nach der Aufhebung der strikten Werbeverbote wäre es der konsequente nächste Schritt, das gesamte Werberecht der Freiberufler dem UWG unterfallen zu lassen und damit ihre Werbemöglichkeiten denen der gewerblich Tätigen gleichzustellen.

Eine solche Anpassung würde auch nicht die vollständige Aufgabe der freiberuflichen Sonderstellung insgesamt bedeuten. In diesem Zusammenhang kommt der Vorschlag *Hauuffs*⁶²⁹ zum Tragen, der die Einrichtung eines einheitlichen Freiberufler-Senates beim BGH fordert, der berufsübergreifend über die Rechtstreitigkeiten der Ärzte und Apotheker genauso wie die der Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer entscheidet. Durch die Einrichtung eines solchen gemeinsamen Senats könnte die werberechtliche Kohärenz zwischen den einzelnen Berufsgruppen verstärkt und gefördert sowie gleichzeitig eventuelle berufsspezifische Besonderheiten im Detail beachtet und angemessen berücksichtigt werden. Zu denken ist hier insbesondere an die Berücksichtigung der aus der Amtseigenschaft herrührenden Sonderstellung der Notare sowie die durch die direkte Konkurrenz zu den sonstigen Gewerbetreibenden bestehenden Freiheiten der Apotheker. So bliebe es gesichert, dass eine anreißerische und grob marktschreierische Werbung, die den Gewerbetreibenden nach Art und Form tendenziell eher erlaubt ist, den

⁶²⁸ A.A. *Philipp*, Werbemöglichkeiten der Ärzte, S. 24, nach dessen Auffassung § 3 UWG eine weniger vorbeugende und schützende Funktion als die entsprechen Vorschriften der Berufsordnungen habe. Das besondere Vertrauen in die Angehörigen der freien Berufe müsse angesichts der Aufgaben, die durch sie wahrgenommen werden, in stärkerem Maße als bei anderen Gewerbetreibenden geschützt werden. Allein durch Beurteilung eines Verstoßes am Maßstab des § 3 UWG könne das besondere Vertrauen, das Angehörigen eines freien Berufes entgegengebracht wird, nicht ausreichend berücksichtigt werden. – Diese Ansicht verkennt, dass das Vertrauen in die freiberufliche Dienstleistungen nicht nur durch § 3 UWG, sondern – wie dargelegt – weitergehend durch sämtliche Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts, insbesondere den Katalogtatbestand des § 4 Nr. 1 UWG geschützt wird, und gibt zudem keine fundierten Gründe an, warum der Maßstab der Generalklausel des § 3 UWG nicht ausreichend sein solle.

⁶²⁹ LMK 2005, II, S. 75 (76) mit der richtigen Feststellung, dass die Rechtsprechung zwischen den derzeit noch vorhandenen „Spezialsenaten“ auseinander läufe: „Hat zum Beispiel der Anwaltsenat gerade wieder im Lichte der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung Berufsrecht liberal ausgelegt (s. nur BGH, NJW 2005, S. 2692), so zeigt die hier besprochene Entscheidung des Notarsenats (BGH, Beschluss v. 11.07.2005 – NotZ 8/05, NJW 2005, S. 2693) genau die gegenläufige Tendenz auf.“

freiberuflich Tätigen höchstichterlich versagt werden kann. Hiermit wäre ein ansprechender Kompromiss gefunden: auf der einen Seite die berufsübergreifende Normierung der Werbung durch das UWG, auf der anderen Seite die Berücksichtigung der freiberuflichen Besonderheiten durch einen BGH-Senat, der durch Leiterteile ihrer Sonderstellung angemessene Rechnung trägt.

Derzeit sind jedoch keine entsprechenden Reformbestrebungen ersichtlich, freiberufliche Werbung allein durch das allgemeine Wettbewerbsrecht kontrollieren zu lassen. Möglich wäre eine derartige Neuorientierung, da eine solch legislativ nicht aufwändige Umstellung zum Teil schon vorgenommen wurde und auch von der Monopolkommission gefordert wird.⁶³⁰ In der Rechtsprechung ist ebenfalls die Tendenz zu erkennen, werberechtliche Beurteilungen nicht mehr nach den Kriterien des Berufsrechts, sondern einzig auf Grundlage des allgemeinen Wettbewerbsrechts vorzunehmen.⁶³¹ Mögliche negative Auswüchse im Werbeverhalten der Berufsangehörigen werden dabei auch aufgrund der Sichtweise und Ansprüche der Mandanten und Patienten nicht entstehen, da diese nach wie vor – und dies gerade bei Medienwerbung – angemessene Zurückhaltung im werblichen Auftreten des jeweiligen Beraters bzw. Behandlers erwarten. Wenn ein Freiberufler insofern in übertriebener Art und Weise oder gar aufdringlich wirbt, läuft er Gefahr, als unseriös und unglaubwürdig zu gelten. Solange sich der Markt derart selbst reguliert, sollte der Gesetzgeber auf die Normierung spezieller freiberuflicher Werbebeschränkungen verzichten. Für ein lediglich im Rahmen des UWG normiertes freiberufliches Werberecht sprechen somit gewichtige Argumente.

F. Zusammenfassung und Ergebnis

In diesem ersten Teil war angestrebt zu untersuchen, inwieweit und gegebenenfalls aufgrund welcher Rechtfertigungen die berufsbezogenen Werberegulungen von vornherein bestimmte Medien als Werbeträger ausschließen und ob eine Kohärenz zwischen den entsprechenden Beschränkungen zu finden ist. Die Überprüfung der einschlägigen Berufsgesetze und -satzungen hat ergeben, dass es wider der anfänglichen Erwartungen keine direkten medienspezifischen Werbeverbote für die freien Berufe gibt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die freiberufliche Werbung wegen der eingreifenden Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG mittlerweile grundsätzlich erlaubt ist und Verbote nur noch Ausnahmen im Einzelfall darstellen. Da Werbung regelmäßig mittels eines Trägermediums transportiert werden muss, stellen generelle Verbote der Nutzung eines bestimmten Mediums ohne Rücksicht auf Inhalt und Form der beabsichtigten Werbung einen verfassungswidrigen Eingriff in

⁶³⁰ Siehe Fn. 620.

⁶³¹ Siehe bspw. das OLG Naumburg, Urteil v. 08.11.2007 – 1 U 70/07, VersR 2008, S. 280 (283), welches bereits im Leitsatz hervorhebt, dass anwaltliche Werbung heute im Wesentlichen nur noch den allgemeinen Beschränkungen unterliege, die sich aus dem UWG ergäben.

die Freiheit der Berufsausübung dar. Dieses wurde durch das Bundesverfassungsgericht erstmals im Apothekenwerbeurteil deutlich hervorgehoben. Die Richter stellten klar, dass die Wahl des jeweiligen Mediums keine Auswirkung auf die rechtliche Beurteilung einer Werbemaßnahme haben darf. Verfassungsgerichtliche Erwägungen, warum bestimmte Medien unzulässig für die freiberufliche Werbung sein sollten, sind ausweislich dessen nicht existent und können folglich für einen Vergleich zu den produktbezogenen Werbeverboten nicht herangezogen werden.

Infolge dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung nimmt mittlerweile keine Norm mehr direkt Bezug auf die möglichen Werbeträger der Freiberufler. Diesen stehen daher alle auch in der gewerblichen Wirtschaft üblichen Werbemedien offen. Sie dürfen in der Presse, im Fernsehen, Radio und Kino sowie im Internet werben. Dies natürlich nicht uneingeschränkt, sondern im Rahmen der Grenzen des jeweils einschlägigen Berufsrechts unter weitgehend gleichen Voraussetzungen, nämlich mit berufsbezogenen Informationen, die nach Form und Inhalt sachlich, wahr und nicht irreführend sind. Dabei muss regelmäßig anhand einer Gesamtwürdigung unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalles (das heißt von Werbeträger in Verbindung mit Aussagegehalt und Aufmachung sowie Anlass, Mittel, Zweck und sonstiger Begleitumstände) überprüft werden, ob die konkrete Werbemaßnahme nach Art ihrer Ausgestaltung, ihrer Platzierung und ihrer sonstigen Gestaltungsmerkmale den Charakter einer reißerischen und damit unsachlichen Selbstanpreisung hat und nach Form, Inhalt oder Häufigkeit übertrieben, unangemessen oder marktschreierisch wirkt. Die Bewertung dessen unterliegt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zeitbedingten Veränderungen. Allein aus dem Umstand, dass eine Berufsgruppe ihre Werbung anders als bisher üblich gestaltet, kann nicht gefolgert werden, dass dies berufswidrig wäre. Form und Inhalt der freiberuflichen Werbung werden so im Vergleich anhand der gleichen, sich stetig weiterentwickelnden Kriterien berufsübergreifend beurteilt und beschränkt. Dadurch ist eine grundsätzliche Kohärenz der Regulierung der Werbung der freien Berufe gegeben.

Den Freiberuflern stehen so alle Formen der modernen – und auch in der gewerblichen Wirtschaft üblichen – Werbung offen. Angesichts dessen sind den Berufsangehörigen keine nennenswerten berufsspezifischen Grenzen mehr bei der Darstellung ihrer Werbeinformationen gegeben. So präsentieren sie sich auch außerhalb der Medien mittlerweile neben den üblichen Werbemitteln wie bedruckten Stiften, Notizzetteln und USB-Sticks⁶³² mit Werbeaufdrucken auf Fahrzeugen oder Straßenbahnen, an Bushaltestellen und dergleichen sowie mit zum Teil großflächigen alleinstehenden Werbetafeln, ohne dass es hier noch zu nennenswerten berufsrechtlichen Auseinandersetzungen kommt.

Vor diesem Hintergrund könnte nach hier vertretener Auffassung die freiberufliche Werbung ebenso allein vom allgemeinen Wettbewerbsrecht geregelt werden.

⁶³² Siehe nur die vom Deutschen Anwaltsverein auf seiner Homepage zum Erwerb bereitgestellten Werbemittel, darunter u.a. Flaschenöffner, Parkscheiben, Mützen und Kühltaschen: <http://anwaltsverein.de/leistungen/werbung/davshop> (Zugriff März 2013).

Das jetzige Berufsrecht reglementiert zulässige Werbemaßnahmen an keiner Stelle mehr stärker als die Normen des UWG. Insofern ist kein spezifischer Regelungsgehalt erkennbar, der die beruflichen Werberegungen noch rechtfertigt und einen Grund dafür gibt, die Werbung der freien Berufe nicht der der gewerblich Tätigen gleichzustellen. Jedoch stehen viele Freiberufler Begriffen wie „Marketing“ und „Werbung“ immer noch eher skeptisch gegenüber und verstehen darunter das, was dem Verbraucher regelmäßig möglichst hervorstechend und mit Slogans versehen in Zeitungen und im Fernsehen entgegenspringt.⁶³³ Der Schwerpunkt freiberuflischer Werbung liegt deswegen in der Regel auf der schlichten Übermittlung von Informationen und nüchterner Fakten. Dabei hat sich – wie im Zuge dieser Arbeit festgestellt – der Berufsangehörige keineswegs nur hierauf zu beschränken. Im Rahmen der aufgezeigten Liberalisierungstendenzen kann er sein Werbeverhalten vielmehr auch in ansprechender und moderner Art und Weise gestalten, ohne Gefahr zu laufen, sich berufsrechtlichen Konsequenzen ausgesetzt zu sehen. Ebenso wie bei den Gewerbetreibenden gibt es auch bei den Freiberuflern keine Rechtfertigung dafür, nur wegen eines bestimmten Werbeträgers eine werbliche Präsentation zu untersagen. Ob dies bei produktbezogenen Werberegungen anders ist, soll im nachfolgenden Teil untersucht werden.

⁶³³ Vgl. *Schulte*, *Werberecht der freien Berufe*, S. 4.

Zweiter Teil: Produktspezifische Werbeverbote in den Medien

A. Einleitung

Der zweite Hauptteil dieser Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, ob und inwieweit es für bestimmte Produkte spezifische Verbote gibt, durch die Medienwerbung unabhängig von der eigentlichen inhaltlichen Werbeaussage verboten wird. Dafür sind diejenigen Normen zu betrachten, die im Unterschied zu den im ersten Teil behandelten personenbezogenen Regelungen nicht an Eigenschaften von Berufen und deren Angehörigen anknüpfen, sondern die den Gegenstand der Werbung selbst betreffen. Derartige Regelungen finden sich außerhalb des UWG vornehmlich für die gesundheitsrelevanten Produkte Tabak, alkoholische Getränke sowie Arzneimittel. Wie bei der Untersuchung der freiberuflichen Werbereglementierungen liegt das Augenmerk auch hier auf der Frage, ob für bestimmte Medien gezielte Werbeverbote erlassen wurden und welche Erwägungen gegebenenfalls auf verfassungs- oder europarechtlicher Ebene dahinter stehen.

B. Werbebeschränkungen für Tabakprodukte

I. Einleitung

Für Tabakerzeugnisse findet sich auf nationaler Ebene das sog. „Vorläufige Tabakgesetz“ vom 09. September 1997⁶³⁴, welches deren Bewerbung regelt. Diesem Gesetz gingen seitens der Europäischen Gemeinschaft mehrere Richtlinien voraus, die den Zweck hatten, den als gesundheitsschädlich anerkannten Tabakkonsum zu bekämpfen. Zunächst wurde am 3. Oktober 1989 die als „Fernsichtlinie“ bezeichnete Richtlinie 89/552/EWG⁶³⁵ erlassen, mit der Fernsehwerbung für Zigaretten und andere Tabakerzeugnisse vollständig untersagt wurde. Eine im selben Jahr über den höchstzulässigen Teergehalt von Zigaretten⁶³⁶ erlassene Richtlinie sowie die Etikettierungsrichtlinie⁶³⁷ zwang die Produzenten zum Anbringen von Warnhinweisen auf den Verpackungen. Am 7. April 1989 legte die Kommission einen Richtlinienvorschlag⁶³⁸ mit rein inhaltlichen Beschränkungen der Presse- und Plakatwerbung für Tabakerzeugnisse vor. Dieser Vorschlag konnte sich jedoch nicht durchsetzen, da das Europäische Parlament ein Verbot von Tabakwerbung insgesamt forderte.⁶³⁹ Erst im Jahr 1998 wurde ein solches nahezu vollständiges Werbe- und Sponsoringverbot für sämtliche Tabakprodukte mit der Richtlinie 98/43/EG⁶⁴⁰ erfolgreich eingeführt.⁶⁴¹

⁶³⁴ Vorläufiges Tabakgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.09.1997 (BGBl. I, S. 2296), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 16 des Gesetzes v. 22.12.2011 (BGBl. I, S. 3044).

⁶³⁵ Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 03.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. L 298 v. 17.10.1989, S. 23. – Im Zuge der Reformierung zur „Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste“ durch die Richtlinie 2007/65/EG (ABl. L 332 v. 18.12.2007, S. 27) wurde Art. 13 ersetzt durch Art. 3e Abs. 1 d), der jede Form der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation (siehe die Definition in Art. 1 h) der RiLi) für Zigaretten und andere Tabakerzeugnisse untersagt.

⁶³⁶ Richtlinie 90/239/EWG des Rates vom 17.05.1990 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den höchstzulässigen Teergehalt von Zigaretten, ABl. L 137 v. 30.05.1990, S. 36.

⁶³⁷ Richtlinie 89/622/EWG des Rates vom 13.11.1989 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen, ABl. L 359 v. 08.12.1989, S. 1.

⁶³⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend die Presse- und Plakatwerbung für Tabakerzeugnisse, KOM/89/163ENDG/2 - SYN194 - Revidierte Fassung, ABl. C 124 v. 19.05.1989, S. 5.

⁶³⁹ *Strutz*, EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, S. 2.

⁶⁴⁰ Richtlinie 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.07.1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. L 213 v. 30.7.1998, S. 9. – Zu den verschiedenen Entstehungsstadien der Richtlinie siehe *Calliess*, Jura 2001, S. 311 (312), zur Vereinbarkeit der RiLi mit den Gemeinschaftsgrundrechten *Grünwald*, Schall und Rauch, S. 12 ff.

⁶⁴¹ Siehe insgesamt die Darstellung bei *Strutz*, EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, S. 1 f.

II. Vorgeschichte: Geplantes Werbeverbot der EG-Richtlinie 98/43/EG

1. Zweck und Regelungsgehalt

Der Zweck der Richtlinie 98/43/EG war nach deren Art. 1 die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Werbung und das Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen. Anlass hierfür war, dass bestimmte Marketingformen über die Grenzen der einzelnen Mitgliedstaaten hinausreichen oder internationale Veranstaltungen betreffen würden, so dass die bestehenden Unterschiede in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der jeweiligen Mitgliedstaaten zu Hemmnissen für den freien Verkehr von Werbeartikeln und -dienstleistungen führen könnten, was vermieden werden müsse. Zu diesem Zweck sollten die Vorschriften über die Werbung für Tabakerzeugnisse und des damit in Verbindung stehenden Sponsorings gemeinschaftsweit harmonisiert werden.⁶⁴² Daneben sollte entsprechend der Verpflichtung in Art. 95 Abs. 3 EG (jetzt Art. 114 Abs. 3 AEUV) durch die anzulegenden Rechtsvorschriften der Schutz der Gesundheit angemessen berücksichtigt werden.⁶⁴³ Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und Umgehungen sollte die Richtlinie mit Ausnahme der bereits verbotenen Fernsehwerbung demgemäß alle Formen und Mittel der Tabakwerbung abdecken.⁶⁴⁴ Folglich wurde in Art. 3 Abs. 1 der sogenannten „ersten Tabakwerberichtlinie“ jede Form der Werbung und des Sponsorings für Tabakerzeugnisse verboten. Einzig zulässig waren nach Art. 3 Abs. 5 Mitteilungen, die ausschließlich für die am Tabakhandel Beteiligten bestimmt waren, weiterhin Werbung in den auf den Verkauf von Tabakerzeugnissen spezialisierten Einrichtungen sowie Veröffentlichungen aus Drittländern, die nicht hauptsächlich für den Gemeinschaftsmarkt bestimmt waren.

2. Urteil des EuGH vom 05. Oktober 2000

Da die Richtlinie 98/43/EG von Anfang an starker Kritik⁶⁴⁵ ausgesetzt war, erhob die Bundesrepublik Deutschland am 19. Oktober 1998 eine Nichtigkeitsklage vor dem EuGH.⁶⁴⁶ Begründet wurde diese vor allem mit dem Vorwurf der fehlenden Kompetenz der Gemeinschaft zum Erlass der Regelung. Neben der Kompetenzüberschreitung wurde zudem bemängelt, dass die normierten Werbeverbote einen

⁶⁴² Siehe Erwägungsgründe 1, 2 der Richtlinie 98/43/EG.

⁶⁴³ Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 98/43/EG.

⁶⁴⁴ Erwägungsgrund 8 der Richtlinie 98/43/EG.

⁶⁴⁵ Siehe *Simma/Weiler/Zöckler*, Kompetenzen und Grundrechte, S. 20 ff.; *Danwitz*, Produktwerbung in der Europäischen Union, S. 22 ff.; mit vielen Nachweisen auch *Ukena/Opfermann*, WRP 1999, S. 141 (142 ff.); zur Unvereinbarkeit der RiLi mit deutschem Verfassungsrecht *Tettinger*, EG-rechtliche Verbote, S. 21-128 sowie die Nachweise bei *Strutz*, EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, S. 6, Fn. 12 f.

⁶⁴⁶ Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union, Rs. C-376/98, ABl. C 378 v. 05.12.1998, S. 12.

Eingriff in die Gemeinschaftsgrundrechte darstellten, das Subsidiaritätsprinzip missachtet würde und dass die Begründungspflicht nicht eingehalten worden sei.⁶⁴⁷

Nachdem im Verfahren dementsprechend verhandelt wurde, ob die Richtlinie auf der Grundlage von Art. 100a EGV a.F. (jetzt Art. 114 AEUV), Art. 57 Abs. 2 EGV a.F. (jetzt Art. 53 Abs. 2 AEUV) und Art. 66 EGV a.F. (jetzt Art. 62 AEUV) erlassen werden durfte und ob sie tatsächlich zur Beseitigung von Hemmnissen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs beitrage, erklärte der EuGH sie mit Urteil vom 5. Oktober 2000⁶⁴⁸ mit der Begründung für nichtig, dass sie hauptsächlich auf den Gesundheitsschutz abziele, der aber – mit einigen wenigen Ausnahmen – in die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten falle. Die EG habe deswegen keine Kompetenz zum Erlass eines generellen Werbeverbotes für Tabakprodukte; insbesondere dürfe ein solches nicht auf die Binnenmarktkompetenz nach Art. 100a EGV a.F. (jetzt Art. 114 AEUV) gestützt werden.⁶⁴⁹ Zudem führte der EuGH aus, dass ein derartiges Verbot in seiner Allgemeinheit nicht der Beseitigung von Hemmnissen für den freien Warenverkehr oder der Dienstleistungsfreiheit diene⁶⁵⁰ und keine spürbaren Wettbewerbsverzerrungen beseitigen würde.⁶⁵¹ Zwar seien die Unternehmen begünstigt, die in Mitgliedstaaten mit weniger restriktiven Regelungen der Tabakwerbung ansässig seien – diese Vorteile würden sich jedoch auf den Wettbewerb nur entfernt und mittelbar auswirken.⁶⁵² Die Hersteller und Verkäufer von Tabakerzeugnissen in Mitgliedstaaten mit restriktiven Rechtsvorschriften könnten ihre Marktposition nur über den Preiswettbewerb entwickeln, hierin liege aber keine Verzerrung des Wettbewerbs, sondern lediglich eine Beschränkung der Wettbewerbsarten, die in gleicher Weise für alle Wirtschaftsteilnehmer in diesen Mitgliedstaaten gelte.⁶⁵³ Durch eine weitergehende Untersagung würde die Richtlinie 98/43/EG diese Beschränkungen generalisieren und die Mittel, mit denen sich die Wirtschaftsteilnehmer Zugang zum Markt verschaffen und sich dort behaupten können, in sämtlichen Mitgliedstaaten unrechtmäßigerweise einschränken.⁶⁵⁴ Da schon allein aus diesen Überlegungen die erste Tabakwerberichtlinie für den EuGH für nichtig zu erklären war, hat er die übrigen Klagegründe nicht mehr geprüft.⁶⁵⁵

⁶⁴⁷ EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg 2000, I-08419, Rn. 9.

⁶⁴⁸ Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg 2000, I-08419 = NJW 2000, S. 3701 ff.

⁶⁴⁹ EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg 2000, I-08419, Rn. 76 ff. – Siehe hierzu insgesamt die ausführlichen Erläuterungen zum Urteil bei *Strutz*, EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, S. 8 ff.

⁶⁵⁰ Siehe hierzu EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg 2000, I-08419, Rn. 96 ff.

⁶⁵¹ EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg 2000, I-08419, Rn. 106 ff.

⁶⁵² EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg 2000, I-08419, Rn. 109.

⁶⁵³ EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg 2000, I-08419, Rn. 113.

⁶⁵⁴ EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg 2000, I-08419, Rn. 113.

⁶⁵⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg 2000, I-08419, Rn. 118.

III. Vorgaben der EG-Richtlinie 2003/33/EG

Nach der Verwerfung der ersten Tabakwerberichtlinie durch den EuGH wurde mit Datum vom 27. März 2003 die neue Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG⁶⁵⁶ verabschiedet, welche mit der Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 20. Juni 2003 in Kraft trat.⁶⁵⁷

1. Zweck und Regelungsgehalt

Auch diese Richtlinie wurde gestützt auf die EG-Zuständigkeit zur Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt aus Art. 47 Abs. 2, 55 und 95 Abs. 3 EG (jetzt Art. 53 Abs. 1, 62 und 114 Abs. 3 AEUV) und sollte ebenfalls die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Verkaufsförderung für Tabakerzeugnisse harmonisieren.⁶⁵⁸ Diese Zielvorgabe wurde wortlautgleich wie bei der vorherigen Richtlinie 98/43/EG begründet. Hemmnisse für den freien Verkehr von Waren und Dienstleistungen seien zu beseitigen, weswegen die Vorschriften über die Werbung für Tabakerzeugnisse und das damit in Verbindung stehende Sponsoring in bestimmten Fällen gemeinschaftsweit angeglichen werden müssten.⁶⁵⁹ Da der Tabakkonsum in der Gemeinschaft jährlich über eine halbe Million Todesfälle verursache,⁶⁶⁰ sollte darüber hinaus entsprechend der Verpflichtung in Art. 95 Abs. 3 EG durch die Angleichung der die Verkaufsförderung von Tabak betreffenden Rechtsvorschriften die öffentliche Gesundheit „geschützt und dadurch vermieden werden, dass junge Menschen durch die Verkaufsförderung frühzeitig zum Rauchen veranlasst und süchtig werden.“⁶⁶¹

Aufgrund dieser Erwägungen reglementiert die Richtlinie 2003/33/EG die Werbung für Tabakerzeugnisse in der Presse und in anderen gedruckten Veröffentlichungen, im Hörfunk sowie über Dienste der Informationsgesellschaft. Sie regelt auch das Sponsoring von Hörfunkprogrammen und von Veranstaltungen oder sonstigen Aktivitäten, einschließlich der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen oder der Verteilung zu herabgesetzten Preisen.⁶⁶² Indirekte Werbung sowie Sponsoring ohne grenzüberschreitende Wirkung fallen dagegen ebenso wie die

⁶⁵⁶ Richtlinie 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.05.2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. EG L 152 v. 20.06.2003, S. 16.

⁶⁵⁷ Siehe ausführlich zum legislativen Hergang *Strutz*, EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, S. 14 f.

⁶⁵⁸ Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 2003/33/EG.

⁶⁵⁹ Erwägungsgrund 1 und 2 der Richtlinie 2003/33/EG.

⁶⁶⁰ Siehe zu den gesundheitlichen Folgen des Tabakkonsums und dem Einfluss der Werbung hierauf den Kommissionsvorschlag zur Richtlinie 2003/33/EG, KOM(2001) 283 endg. v. 30.05.2001, S. 9 ff.

⁶⁶¹ Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2003/33/EG.

⁶⁶² So die ausführliche Begründung im Kommissionsvorschlag, KOM(2001) 283 endg. v. 30.05.2001, S. 8 f. sowie Erwägungsgrund 12 der Richtlinie 2003/33/EG.

durch die Fernsehrichtlinie bereits verbotene Fernsehwerbung⁶⁶³ nicht in ihren Geltungsbereich.⁶⁶⁴

So ist nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie durch die Mitgliedstaaten Werbung für Tabakprodukte in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen auf Veröffentlichungen zu beschränken, „die ausschließlich für im Tabakhandel tätige Personen bestimmt sind, sowie auf Veröffentlichungen, die in Drittländern gedruckt und herausgegeben werden, sofern diese Veröffentlichungen nicht hauptsächlich für den Gemeinschaftsmarkt bestimmt sind.“ Nicht zu gestatten ist ebenso die Werbung in Diensten der Informationsgesellschaft, Art. 3 Abs. 2. Dieses sind nach Art. 2 d) Dienste im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 98/34/EG, worunter hauptsächlich das Internet zu zählen ist.⁶⁶⁵ Gem. Art. 4 Abs. 1 sind außerdem alle Formen der Rundfunkwerbung für Tabakerzeugnisse zu verbieten; ferner dürfen nach Abs. 2 Rundfunkprogramme nicht von Unternehmen gesponsert werden, deren Haupttätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Tabakerzeugnissen ist.⁶⁶⁶ Sponsoring im Sinne der Richtlinie ist nach Art. 2 c) „jede Art von öffentlichem oder privatem Beitrag zu einer Veranstaltung oder Aktivität oder jede Art von Unterstützung von Einzelpersonen mit dem Ziel der direkten bzw. indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern.“ Gem. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie ist auch das „Sponsoring von Veranstaltungen oder Aktivitäten, an denen mehrere Mitgliedstaaten beteiligt sind, die in mehreren Mitgliedstaaten stattfinden oder die eine sonstige grenzüberschreitende Wirkung haben,“ verboten. Untersagt ist weiter die kostenlose Verteilung von Tabakerzeugnissen im Zusammenhang mit dem in Abs. 1 genannten Sponsoring, siehe Art. 5 Abs. 2.⁶⁶⁷

Dies zeigt, dass im Unterschied zum generellen Tabakwerbe- und Sponsoringverbot der alten Tabakwerberichtlinie 98/43/EG die neue Richtlinie 2003/33/EG die durch sie untersagten Werbeformen und -medien in den einzelnen Artikeln direkt benennt.⁶⁶⁸ Die überarbeitete Fassung stellt sozusagen eine modifizierte Neuauflage der ersten Tabakwerberichtlinie dar. Auch wenn die Kino- und Plakatwerbung und das Sponsoring nationaler Veranstaltungen nicht mehr erfasst sind, enthält sie nach wie vor weitreichende Verbotstatbestände.⁶⁶⁹

⁶⁶³ Siehe hierzu bereits oben, Fn. 635.

⁶⁶⁴ Erwägungsgrund 12 der Richtlinie 2003/33/EG.

⁶⁶⁵ Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.06.1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. L 204 v. 21.07.1998, S. 37.

⁶⁶⁶ Wobei unter Rundfunk i.S.d. dieser Regelungen der Hörfunk zu verstehen ist, vgl. Art. 1 b) der Richtlinie.

⁶⁶⁷ Siehe insgesamt die Darstellung bei *Strutz*, EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, S. 16 f.

⁶⁶⁸ *Strutz*, EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, S. 15.

⁶⁶⁹ Dies feststellend *Strutz*, EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, S. 16 m.w.N.

2. Urteil des EuGH vom 12. Dezember 2006

Aus diesem Grund reichte Deutschland auch gegen die Neufassung der Tabakwerberichtlinie am 10. September 2003 eine Nichtigkeitsklage⁶⁷⁰ beim EuGH ein. Im Mittelpunkt stand dabei erneut die Frage der Gemeinschaftskompetenz, die der Gerichtshof in Bezug auf die erste Version der Richtlinie bereits verneint hatte.

Zur Klagebegründung trug die Bundesregierung vor, dass es sich, da vornehmlich Ziele des Gesundheitsschutzes verfolgt würden, auch bei der neuen Richtlinie um eine Maßnahme zur Harmonisierung der Gesundheitspolitik handele, die nach dem Harmonisierungsverbot des Art. 152 Abs. 4 lit. c) EG (jetzt Art. 168 AEUV) unzulässig sei.⁶⁷¹ Ferner sei Art. 95 EG (jetzt Art. 114 AEUV) keine geeignete Rechtsgrundlage für die in den Artikeln 3 und 4 der Richtlinie aufgestellten Verbote der Werbung für Tabakerzeugnisse, da der eigentliche Zweck dieser Verbote im Gesundheitsschutz liege und nicht darin bestehe, die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern.⁶⁷² Da zudem fast ausschließlich Sachverhalte ohne grenzüberschreitende Wirkung erfasst seien, trage keines der in diesen Artikeln enthaltenen Verbote tatsächlich zur Beseitigung von Hemmnissen für den freien Warenverkehr oder zur Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen bei, was aber für die Anwendung des Art. 95 EG (jetzt Art. 114 AEUV) als Kompetenzgrundlage vonnöten sei.⁶⁷³ Damit seien mit der Richtlinie die Kompetenzen der Gemeinschaft überschritten.⁶⁷⁴

Das abschließende Urteil zu diesen Vorwürfen fiel in der Entscheidung vom 12. Dezember 2006⁶⁷⁵, in der der Gerichtshof entschied, dass die Bedingungen für die Wahl von Art. 95 EG als Rechtsgrundlage erfüllt waren, womit er die Gültigkeit der Richtlinie 2003/33/EG bestätigte. In der Begründung dafür knüpfte der Gerichtshof im Wesentlichen an sein oben bereits dargestelltes Urteil vom 05. Oktober 2000⁶⁷⁶ an. Bereits in diesem hatte er dem Gemeinschaftsgesetzgeber mitgeteilt, dass ein Tabakwerbeverbot grundsätzlich – entsprechend dem in der EG-Fernsehrichtlinie⁶⁷⁷ – zulässig sein könne, wenn es auf bestimmte Werbeträger beschränkt sei, für die es einen gemeinschaftsweiten Handel gebe. Schließlich sei davon auszugehen, „dass wegen der vorhandenen Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsvorschriften über Werbung für Tabakerzeugnisse Hemmnisse für den freien

⁶⁷⁰ Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union, Rs. C-380/03, ABl. C 275 v. 15.11.2003, S. 31.

⁶⁷¹ EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 24, 90.

⁶⁷² EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 24.

⁶⁷³ EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 17.

⁶⁷⁴ Vgl. insgesamt den Klägervortrag in EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Az. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 17 bis 24.

⁶⁷⁵ EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573.

⁶⁷⁶ Siehe oben, S. 147.

⁶⁷⁷ Siehe oben, Fn. 635.

Warenverkehr und die Dienstleistungsfreiheit bestehen oder wahrscheinlich entstehen können.⁶⁷⁸ Deswegen könne auf der Grundlage des Art. 100a EGV a.F. (anschließend Art. 95 EG, jetzt Art. 114 AEUV) eine Richtlinie zulässig sein, die ein Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse in Zeitschriften und Zeitungen enthalte, um den freien Verkehr von solchen Presseerzeugnissen zu gewährleisten.⁶⁷⁹ Zwar würden zum Urteilszeitpunkt für Zeitschriften und Zeitungen, die Tabakwerbung enthalten, keine Hemmnisse für die Einfuhr in Mitgliedstaaten existieren, in denen diese Werbung untersagt sei. Es erscheine jedoch wegen der Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften, die zu einer immer stärkeren Beschränkung der Werbung für Tabakerzeugnisse führten, wahrscheinlich, dass künftig in Folge divergierender Regelungslagen zwischen den Mitgliedstaaten Hindernisse für den freien Verkehr von Presseerzeugnissen entstehen würden.⁶⁸⁰

Da sich der Gemeinschaftsgesetzgeber bei der Neufassung der Tabakwerberichtlinie stark an diesen Vorgaben orientierte,⁶⁸¹ hat der EuGH in logischer Konsequenz bestätigt, dass die in den Artikeln 3 und 4 der Richtlinie enthaltenen gezielten Verbote der Werbung für Tabakerzeugnisse in gedruckten Veröffentlichungen, in den Diensten der Informationsgesellschaft und in Rundfunkprogrammen auf der Grundlage des Art. 95 EG erlassen werden konnten.⁶⁸² Zur Rechtmäßigkeit der Richtlinie führte dabei insbesondere ihr im Unterschied zur vorherigen Tabakwerberichtlinie begrenzter Verbotsbereich, der jetzt direkt die möglichen Werbemittel benennt.⁶⁸³ Dabei stützte der EuGH im Ergebnis die Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers zum Erlass der Richtlinie auf Art. 95 EG und sah keinen Verstoß gegen das explizit für den Gesundheitsbereich geltende Harmonisierungsverbot des Art. 152 Abs. 4 lit. c) EG, obwohl hinter den in der Richtlinie enthaltenen Werbeverboten – was auch in der Urteilsbegründung⁶⁸⁴ explizit festgestellt wird – nicht vornehmlich der Schutz des freien Warenverkehrs von Zeitungen und Zeitschriften, sondern der Gesundheitsschutz steht.

Dies ist in der Literatur zum Teil auf heftige Kritik gestoßen.⁶⁸⁵ Für die Zielsetzung dieser Arbeit ist jedoch nicht erforderlich, diese näher zu betrachten, weil die durch den EuGH als rechtmäßig anerkannte Richtlinie 2003/33/EG mittlerweile in Deutschland durch das „Vorläufige Tabakgesetz“ vollständig umgesetzt wurde.

⁶⁷⁸ EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-08419, Rn. 96.

⁶⁷⁹ EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-08419, Rn. 98.

⁶⁸⁰ EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-08419, Rn. 97.

⁶⁸¹ *Schroeder/Lechner*, ZLR 2007, S. 362 (363).

⁶⁸² Siehe weiterführend die treffliche Zusammenfassung der Argumentation des EuGH bei *Lindner*, BayVBl. 2007, S. 304 (304 f.).

⁶⁸³ Siehe EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 51 ff. sowie Rn. 101-104. – Vgl. auch *Gundel*, EuR 2007, S. 251 (257 f.).

⁶⁸⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 109, 147 sowie 73, 92 ff.

⁶⁸⁵ *Gundel*, EuR 2007, S. 251 (251); *Schroeder/Lechner*, ZLR 2007, S. 362 ff.; *Lindner*, BayVBl. 2007, S. 304 (304); *Schier/Lehmann*, GPR 2007, S. 68 ff.; *Stein*, EuZW 2007, S. 54 ff.; *Maierhöfer*, JZ 2007, S. 463 ff., der sogar die Überprüfung der RiLi durch das BVerfG fordert. Kritisch schon vor Veröffentlichung des Urteils *Strutz*, EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, S. 74 ff.

Aber auch die bei einer tiefergehenden Würdigung der mit dem zweiten Tabakwerbeurteil angestoßenen Diskussion – auch vor dem Hintergrund der Neufassung des Art. 168 AEUV – möglicherweise zu gewinnenden Erkenntnisse würden für den geplanten Vergleich mit den Werbeverboten des Glücksspielstaatsvertrages nicht hilfreich sein. Die dargestellten Kompetenzstreitigkeiten betreffen ausschließlich die gemeinschaftsrechtliche Ebene – der Glücksspielstaatsvertrag ist jedoch ein rein nationales Regelwerk, bei dem die Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer unstrittig ist.

Vor diesem Hintergrund ist an dieser Stelle nur die grundsätzliche Erkenntnis festzuhalten, dass der EuGH Totalwerbeverbote in den Medien als zulässiges Instrument für den Gesundheitsschutz anerkennt und dieses sogar in einer Intensität, die ihn zu einer umstrittenen Auslegung der Kompetenznormen des EG-Vertrages veranlasst hat. Dies zeigt im Ergebnis, dass aus seiner Sicht der Erlass von Werbeverboten in den Medien durchaus ein legitimes Mittel für den vom zuständigen Gesetzgeber bezweckten Gesundheitsschutz darstellen kann.

IV. Umsetzung durch Vorläufiges Tabakgesetz

Direkt im Anschluss an das die Gültigkeit der Richtlinie 2003/33/EG bestätigende EuGH-Urteil vom 12.12.2006 ist in Umsetzung der zweiten Tabakwerberichtlinie eine entsprechend geänderte Version des Vorläufigen Tabakgesetzes in Deutschland am 29.12.2006 in Kraft getreten, das für Tabakerzeugnisse und ihnen gleichstehende Waren oder Erzeugnisse gilt, vgl. § 3 VTabakG.

1. Allgemeiner Regelungsgehalt

Neben den aus der Richtlinie 2003/33/EG resultierenden medienpezifischen Werbeverboten finden sich im VTabakG auch inhaltliche Werbebeschränkungen, die die allgemeinen, d.h. nicht auf bestimmte Produkte bezogenen, sondern für alle werbenden Marktteilnehmer sowie beworbenen Produkte und Leistungen gleichermaßen geltenden Normen des UWG mit Regelungen konkretisieren und ergänzen, die der besonderen Gesundheitsgefährlichkeit der Tabakerzeugnisse Rechnung tragen.⁶⁸⁶ So verbietet das Irreführungsverbot des § 17 Nr. 5 VTabakG, diese unter irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung gewerbsmäßig in den Verkehr zu bringen oder mit irreführenden Darstellungen oder Aussagen zu bewerben. Eine Irreführung soll nach den in § 17 Nr. 5 lit. a) – c) VTabakG aufgeführten Regelbeispielen insbesondere dann vorliegen, wenn Tabakerzeugnissen Wirkungen beigelegt werden, die ihnen nach den Erkenntnissen der Wissenschaft nicht zukom-

⁶⁸⁶ Dabei wird die Werbung nach § 21a Abs. 1 Nr. 1 VTabakG legaldefiniert als Werbung im Sinne des Artikels 2 Buchstabe b der Richtlinie 2003/33/EG (= jede Art kommerzieller Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern).

men oder die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sind, wenn zur Täuschung geeignete Angaben und Darstellungen verwendet werden und wenn ihnen der Anschein eines Arzneimittels gegeben wird. Desweiteren wird nach § 22 Abs. 2 VTabakG verboten, den Eindruck zu erwecken, dass der Genuss oder die bestimmungsgemäße Verwendung gesundheitlich unbedenklich oder geeignet ist, die Funktion des Körpers, die Leistungsfähigkeit oder das Wohlbefinden günstig zu beeinflussen (§ 22 Abs. 2 Nr. 1a) VTabakG), die ihrer Art nach besonders dazu geeignet sind, Jugendliche oder Heranwachsende zum Rauchen zu veranlassen (§ 22 Abs. 2 Nr. 1b) VTabakG), und die das Inhalieren des Tabakrauchs als nachahmenswert erscheinen lassen (§ 22 Abs. 2 Nr. 1c) VTabakG). Ferner dürfen keine Bezeichnungen oder sonstige Angaben verwendet werden, die darauf hindeuten, dass die Tabakerzeugnisse natürlich oder naturrein seien (§ 22 Abs. 2 Nr. 2 VTabakG).

Ebenso wie schon bei den freiberuflichen Werbebeschränkungen soll nicht näher auf Regelungsgehalt und Wirkungsbereich dieser inhaltlichen Werbebeschränkungen eingegangen werden, welche sowieso hauptsächlich nur Bedeutung für die noch erlaubte Plakat-⁶⁸⁷ und Kinowerbung haben.⁶⁸⁸ Dem Schwerpunkt dieser Arbeit entsprechend sollen vielmehr die medienspezifischen Werbeverbote des VTabakG sowie gegebenenfalls bestehende Umgehungsmöglichkeiten gezielt betrachtet werden.

2. Medienspezifischer Regelungsgehalt

Die von der Richtlinie 2003/33/EG vorgegebenen Werbeverbote für die Medien Presse und Internet wurden in § 21a Abs. 3 und 4 des VTabakG umgesetzt; die Fernsehwerbung wird in § 21b Abs. 2 bis 4 VTabakG verboten, Hörfunkwerbung in § 21a Abs. 2 VTabakG. Diese Verbote erfassen wegen § 22a S. 1 VTabakG jedoch nicht die redaktionelle Berichterstattung über Tabakerzeugnisse.

a) Verbot der Pressewerbung gemäß § 21a Abs. 3 VTabakG

Nach § 21a Abs. 3 S. 1 VTabakG ist es grundsätzlich verboten, für Tabakerzeugnisse in der Presse oder in einer anderen gedruckten Veröffentlichung zu werben.

⁶⁸⁷ Siehe zur abgelehnten Verletzung von Marken- und Wettbewerbsrechten durch die Nachbildung einer markenrechtlich geschützten und seit langem stark beworbenen Flaschenform aus Zigarettenschachteln sowie die Verwendung der auch als Wort der Umgangssprache vorkommenden Wortmarke der in diesen Flaschen vertriebenen Spirituose in Verbindung mit einer Zigarettensmarke das Urteil des LG Frankfurt v. 08.02.2006 – 2-06 O 290/05 (juris) sowie ähnlich ablehnend LG Darmstadt, Urt. v. 22.11.2005 – 14 O 744/04, SpuRT 2006, S. 164 ff. bzgl. einer Werbekampagne, bei der auf Plakaten Zigarettenschachteln in einer Anordnung dargestellt wurden, die an die Olympischen Ringe erinnert.

⁶⁸⁸ Siehe hierzu noch nachfolgend, S. 167 ff. – Ergänzend ist zudem auf die in §§ 6, 7 der Tabakprodukt-Verordnung vom 20.11.2002 (BGBl. I, S. 4434, zuletzt geändert durch Artikel 360 der Verordnung v. 31.10.2006 (BGBl. I, S. 2407)) enthaltene Verpflichtung zur Anbringung von Warnhinweisen hinzuweisen, die als ein mittelbares Werbeverbot anzusehen ist, da diese Fläche der Werbung ebenfalls nicht mehr zur Verfügung steht.

Es darf lediglich gemäß § 21a Abs. 3 S. 2 Nr. 1-3 VTabakG für Tabakerzeugnisse in solchen Veröffentlichungen geworben werden, die ausschließlich für im Tabakhandel tätige Personen bestimmt sind (Nr. 1) oder die in einem Staat, der kein Mitgliedstaat der Europäischen Union ist, gedruckt und herausgegeben werden, sofern diese Veröffentlichungen nicht hauptsächlich für den Markt in der Europäischen Union bestimmt sind (Nr. 2) oder die in ihrem redaktionellen Inhalt weit überwiegend Tabakerzeugnisse oder ihrer Verwendung dienende Produkte betreffen und nur für eine sich hieraus ergebende Öffentlichkeit bestimmt sind und an diese abgegeben werden (Nr. 3).

aa) Konkretisierung durch die Rechtsprechung

Vom EuGH wurde im zweiten Tabakwerbeurteil⁶⁸⁹ klargestellt, dass der auch in § 21a Abs. 3 S. 1 VTabakG verwendete Begriff „andere gedruckte Veröffentlichungen“ eng auszulegen ist und nur Veröffentlichungen in herkömmlichen Druckerzeugnissen wie Zeitungen, Zeitschriften und Magazinen umfasst. Da infolge der die Werbung in Zeitschriften, Zeitungen und Magazinen unterschiedlich regelnden Vorschriften der Mitgliedstaaten eine beträchtliche Gefahr von Hemmnissen für den freien Verkehr im Binnenmarkt bestehe, sei die zulässige Tabakwerbung auf diejenigen Magazine und Zeitschriften zu beschränken, die nicht für die breite Öffentlichkeit bestimmt seien.⁶⁹⁰ Deswegen fallen unter das Verbot des § 21a Abs. 3 VTabakG keine Mitteilungsblätter lokaler Vereine, Programme kultureller Veranstaltungen, Plakate, Telefonbücher und verschiedene andere Broschüren und Prospekte.⁶⁹¹

In der deutschen Rechtsprechung wurde bisher nur vom OLG Hamburg⁶⁹² die daraus folgende Reichweite des § 21a Abs. 3 VTabakG genauer definiert.⁶⁹³ Von den Richtern wurde eine Imagewerbung⁶⁹⁴ eines Tabakunternehmens unter Berück-

⁶⁸⁹ EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 84. – Die dortigen Ausführungen zur Richtlinie 2003/33/EG können deswegen uneingeschränkt auf das Vorläufige Tabakgesetz übertragen werden, weil dieses die Richtlinie auf nationaler Ebene ohne Änderungen umgesetzt hat.

⁶⁹⁰ EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 85 f.

⁶⁹¹ EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 84. Siehe auch Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2003/33/EG.

⁶⁹² Urteil v. 19.08.2009, Az. 5 U 12/08, WRP 2009, S. 1420 (Leitsatz).

⁶⁹³ In der Literatur finden sich keine Kommentare oder weiterführende Aufsätze zu den Regelungen des VTabakG in der Fassung nach Umsetzung der Richtlinie 2003/33/EG. Vor Einführung des Totalwerbeverbotes war u.a. strittig, ob auch eine Anzeigenwerbung einen Warnhinweis bezüglich der mit dem Rauchen verbundenen Gesundheitsgefahren enthalten muss oder ob dies lediglich für Verpackungen gelte, so BGH, Urt. v. 13.07.2006 – I ZR 234/03, WRP 2006, S. 1505 ff. sowie die diesbezüglichen Darstellungen bei *Gaedert*, LMR 2007, S. 100 ff.

⁶⁹⁴ Das beklagte Unternehmen warb in einer Anzeige mit folgendem Text: „Verantwortung wird bei [...] groß geschrieben. Als Hersteller von Tabakprodukten sind wir uns unserer Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft bewusst. Wir wissen, dass Rauchen bei Jugendlichen ein Grund zu ernst-

sichtigung der aus Art. 10 EMRK folgenden Meinungsfreiheit als nicht vom Werbeverbot des § 21a Abs. 3 VTabakG erfasst angesehen.⁶⁹⁵ Da es vornehmlich Ziel des § 21a Abs. 3 VTabakG sei, Werbung für Tabakerzeugnisse zu verbieten, die den Absatz von Tabakprodukten fördere und dabei dem Rauchen ein positives Image verleihe, falle eine vorwiegend meinungsäußernde Anzeige nicht unter diese Regelung.⁶⁹⁶ „Trotz des Werbeverbots für Tabakerzeugnisse kann es einem Tabakunternehmen nicht gänzlich verwehrt werden, im Rahmen der Meinungsäußerungsfreiheit auch Imagewerbung für sein Unternehmen als solches betreiben zu dürfen, selbst wenn diese eine indirekte Werbewirkung für seine Erzeugnisse besitzt.“⁶⁹⁷ Deutlich hervorgehoben haben die Richter dabei allerdings – im Gegensatz zur Vorinstanz LG Hamburg⁶⁹⁸ –, dass die mit der rein textlichen Herausstellung des Herstellers verbundene indirekte Werbewirkung für seine Erzeugnisse noch in verfassungskonformer Anwendung des Werbeverbots aus § 21a VTabakG hinzunehmen sei. Die Nennung der einzelnen produzierten Tabakerzeugnisse und die Abbildung ihrer Markennamen sei aber dann nicht mehr von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt, wenn sie gänzlich ohne inhaltliche Beziehung zu dem übrigen Anzeigentext erfolge, beispielsweise räumlich getrennt in einer Fußnote oder farblich hervorgehoben am unterem Rand der Anzeige.⁶⁹⁹

Demnach ist eine reine, auf meinungsäußernden Inhalten basierende Imagewerbung eines Tabakunternehmens grundsätzlich zulässig, sofern hierbei unabhängig von der inhaltlichen Aussage keine Produktnamen genannt oder Markenabbildungen gezeigt werden. Schließlich ist der Anwendungsbereich des VTabakG und seiner Verbote auf Produktwerbung für Tabakerzeugnisse im eigentlichen Sinn gerichtet, nicht aber auf imageverbessernde Maßnahmen der diese produzierenden Unternehmen. Es kann einem Hersteller nicht untersagt sein, ohne Nennung einzelner

hafter Besorgnis ist. Unserer Meinung nach handelt es sich dabei um ein gesellschaftliches Problem, das gemeinsam zu lösen ist. Wir tragen unseren Teil dazu bei. So haben wir uns über die gesetzlichen Vorgaben hinaus freiwillig strenge Selbstbeschränkungen auferlegt. Beispielsweise setzen wir in unserer Werbung keine Fotomodelle ein, die unter 30 Jahre alt sind. Zudem werben wir nicht mit Prominenten. Besuchen Sie unsere Internetseite, um noch mehr über uns und unsere Maßnahmen zum Jugendschutz zu erfahren.“ Unterhalb dieses Textes waren in kleinem Format insgesamt 7 Marken von Tabakprodukten aufgeführt, die von der Beklagten stammten und von ihr vertrieben werden. Siehe die Abbildung bei OLG Hamburg, Urt. v. 19.08.2009 – 5 U 12/08, Rn. 2 (juris).

⁶⁹⁵ Siehe die Bezugnahme auf das Urteil des EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 154 f. bei OLG Hamburg, Urt. v. 19.08.2009 – 5 U 12/08, Rn. 51 ff. (juris).

⁶⁹⁶ OLG Hamburg, Urt. v. 19.08.2009 – 5 U 12/08, Rn. 46 (juris).

⁶⁹⁷ OLG Hamburg, Urt. v. 19.08.2009 – 5 U 12/08, Rn. 48 (juris). Die streitgegenständliche Anzeige, in der sich der Hersteller als ein Unternehmen darstelle, das mit den Gefahren des Rauchens verantwortungsvoll umgeht, besitze eine solche indirekte Wirkung, da der Verbraucher eher geneigt sei, die Produkte eines solchen Unternehmens zu kaufen als eines solchen, dass sich um die Gefahren des Rauchens – insbesondere für Jugendliche – keinerlei Gedanken macht, S. Rn. 46 d. Urteils.

⁶⁹⁸ Urt. v. 21.12.2007 – 408 O 196/07 (juris).

⁶⁹⁹ OLG Hamburg, Urt. v. 19.08.2009 – 5 U 12/08, 2. Leitsatz und Rn. 56 f. (juris).

Produkte allgemein darzustellen, dass er sich seiner unternehmerischen Verantwortung hinsichtlich der Gesundheit seiner Kunden bewusst ist und dabei insbesondere den Jugendschutz für wichtig erachtet. Sofern sich keine anderslautende gefestigte Rechtsprechung entwickeln sollte, ist davon auszugehen, dass vergleichbar ausgestaltete Anzeigen regelmäßig als vom Werbeverbot des § 21a Abs. 3 VTabakG ausgenommen angesehen werden.

bb) Sonderfall Versandkataloge

Problematisiert wird ferner, ob auch Versandkataloge, in denen Tabakprodukte vorgestellt und zur Bestellung angeboten werden, unter die vom EuGH ausgesprochene Freistellung für nicht an die breite Öffentlichkeit gerichtete Produkte fallen. Dagegen spricht zunächst die Tatsache, dass Versandkataloge durchaus an eine Vielzahl von potentiellen Käufern gerichtet sein können, wenn sie keine reinen Händlerprospekte sind. Gegen dieses weite Begriffsverständnis argumentieren *Masing/Wiedemann*⁷⁰⁰ aber, dass Versandkataloge nicht dem von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu Grunde gelegten Leitbild für „Presse und andere gedruckte Veröffentlichungen“ entsprechen würden: Sowohl in der Begründung des Entwurfes der Kommission für die Richtlinie 2003/33/EG als auch in den Erwägungsgründen der Richtlinie selbst würde entweder ganz allgemein der Begriff der Presse gebraucht oder es sei die Rede von Veröffentlichungen wie Zeitschriften, Zeitungen und Magazinen.⁷⁰¹ Dafür, dass durch die Ergänzung des Begriffs der „Presse“ um den der „anderen gedruckten Veröffentlichungen“ auch Versandkataloge umfasst sein könnten, fänden sich demgegenüber keine Anhaltspunkte.⁷⁰²

Als „Veröffentlichungen“ sind nach insofern richtiger Auslegung von *Masing/Wiedemann*⁷⁰³ nur solche Druckwerke anzusehen, die sich mit einem eigenen, über die Werbung hinausgehenden Inhalt an die Öffentlichkeit wenden. In diesem Sinn hat auch das OLG Karlsruhe⁷⁰⁴ festgestellt, dass es der Tabakwerberichtlinie nicht um Vertriebsverbote, sondern um die Vereinheitlichung von Werbung in vom Tabakhandel unabhängig vertriebenen Medien gehe, und sieht in „anderen gedruckten Veröffentlichungen“ nur solche, die insoweit der Presse vergleichbar sind, „als sie einen von der Werbung für Tabakwaren unabhängigen Inhalt haben und vom Verbraucher in erster Linie wegen dieses Inhalts, nicht aber wegen der Tabakwerbung erworben werden.“

Unter das in § 21a Abs. 3 VTabakG statuierte Werbeverbot fallen somit nur Druckwerke mit einem unabhängigen Inhalt, hinter dem die Werbung zurücktritt,

⁷⁰⁰ ZUM 2005, S. 595 (600 f.), nach denen es zudem schon vom allgemeinen Wortverständnis her eher fernliegend sei, einen Versandkatalog als „Presse“ anzusehen.

⁷⁰¹ Vgl. Erwägungsgründe 1 und 4; Begründung des Vorschlags der Kommission KOM(2001) 283 endg., S. 9.

⁷⁰² *Masing/Wiedemann*, ZUM 2005, S. 595 (601).

⁷⁰³ ZUM 2005, S. 595 (601).

⁷⁰⁴ OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2008, S. 66 (68) – Siehe zu dieser Entscheidung auch unten, S. 163.

nicht aber Versandkataloge, deren Werbecharakter einzig auf den unvermeidbaren Produktdarstellungen beruht. Soweit ersichtlich, hat sich zwar bisher die Rechtsprechung noch nicht direkt mit der Zulässigkeit von Versandkatalogen für Tabakprodukte befasst, andererseits sind diese im geschäftlichen Verkehr auch so gut wie gar nicht im Umlauf, so dass es sich hierbei um ein rechtliches Problem mit nur sehr geringem praktischen Bezug handelt.

cc) Durchsetzung des Verbotes in Deutschland und Europa

Nähere Erkenntnisse, inwieweit sich das Pressewerbeverbot des § 21a Abs. 3 VTabakG in den Mitgliedstaaten und in Deutschland durchgesetzt hat, gibt der am 28. Mai 2008 erschienene Bericht der europäischen Kommission über die Durchführung der Richtlinie 2003/33/EG.⁷⁰⁵ Dieser kommt zu dem Ergebnis, dass die Durchführung von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie zufriedenstellend sei, da das Verbot der Tabakwerbung in den Printmedien grundsätzlich eingehalten werde und es herkömmliche Anzeigen für Zigarettenmarken nicht mehr gebe.⁷⁰⁶ Die Kommission sei lediglich von Anzeigen in Kenntnis gesetzt worden, die von verschiedenen Tabakunternehmen mit der Begründung, dass diese für im Tabakhandel tätige Personen bestimmt seien, in Magazinen für das Hotel- und Gaststättengewerbe veröffentlicht wurden.⁷⁰⁷ Hier zeigt sich mit der Ausnahmeregelung des § 21a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 VTabakG ein kleines Einfallstor für Umgehungsmöglichkeiten. Diese scheinen aber nur im Einzelfall aufzutreten und nicht die grundsätzliche Durchsetzung des Werbeverbots im Ganzen in Frage zu stellen. Insofern kann aus den Feststellungen der Kommission der Schluss gezogen werden, dass das Pressewerbeverbot für Tabakerzeugnisse von sämtlichen Mitgliedstaaten anerkannt wurde und sich dem Grunde nach ohne größere Komplikationen bzw. Umgehungsversuche durchgesetzt hat. Da Tabakwerbung jedoch noch in Form von redaktioneller Werbung durch Hinweise in Presseberichten und Printmedieninhalten möglich ist, sind die Printmedien dennoch nicht völlig frei von indirekten Werbeelementen.⁷⁰⁸

⁷⁰⁵ „Bericht über die Durchführung der Richtlinie 2003/33/EG für die Tabakwerbung“, KOM(2008) 330 endg. Grundsätzlich werden dort die Ergebnisse der Umsetzung der Richtlinie als zufriedenstellend betrachtet (s. dort S. 6). So seien herkömmliche Werbung und direktes Sponsoring für Tabakmarken mit grenzüberschreitender Wirkung in der Europäischen Union eingestellt, allerdings wäre dafür die Tabakwerbung in der lokalen Vermarktung durch Öffentlichkeitsarbeit verstärkt worden (S. 11).

⁷⁰⁶ KOM(2008) 330 endg., S. 7 f.

⁷⁰⁷ KOM(2008) 330 endg., S. 7.

⁷⁰⁸ So auch die Feststellung der Kommission, KOM(2008) 330 endg., S. 7. So seien beispielsweise absichtlich Erkennungssymbole von Tabakmarken im Hintergrund von Modeaufnahmen einer Modezeitschrift eingefügt oder im redaktionellen Inhalt Tabakmarkenembleme mit umgekehrter Farbgebung sowie grafische Tabaklogos verwendet worden. – Auf die Problematik allgemeiner möglicher versteckter redaktioneller Tabakwerbung soll aber entsprechend der medienpezifischen Zielsetzung dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden.

b) Verbot der Fernseh- und Hörfunkwerbung gemäß §§ 21 b, 21a
Abs. 2 VTabakG

Die Fernsehwerbung für Tabakerzeugnisse ist in § 21b VTabakG verboten. Dieses Verbot wurde jedoch nicht erst durch die Richtlinie 2003/33/EG eingefügt, sondern bestand schon seit Erlass des Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetzes (LMBG) im Jahr 1974.⁷⁰⁹ Auch die Radiowerbung für Tabakprodukte ist in Deutschland bereits seit 1974 untersagt; zuerst zusammen mit der Fernsehwerbung in § 22 Abs. 1 LMBG, im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2003/33/EG wurde das Verbot dann in § 21a Abs. 2 VTabakG eingegliedert.⁷¹⁰

Hinsichtlich der Fernsehwerbung waren die deutschen Regelungen damit lange Zeit restriktiver als die gemeinschaftsweiten Vorgaben. Auf europäischer Ebene wurde ein entsprechendes Fernsehwerbeverbot erst im Jahr 1997 in Artikel 13 der Richtlinie 89/552/EWG⁷¹¹ normiert.⁷¹² Aufgrund dessen wurde mit dem Dreizehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag – wenn in der Umsetzung auch reichlich spät – unter Hinweis auf das weiterreichende absolute Werbeverbot des Vorläufigen Tabakgesetzes für alle Formen der „audiovisuellen kommerziellen Kommunikation“ i.S.d. § 21b Abs. 1 Nr. 3 VTabakG die insofern unnötige Zielgruppenbeschränkung für Tabak-„Telemedienwerbung“ in § 6 Abs. 5 S. 2 JMStV zum 01.04.2010 aufgehoben.⁷¹³

Auch diese Medienverbote haben sich in Deutschland uneingeschränkt durchgesetzt; weder im Fernsehen noch im Radio findet direkte Tabakwerbung statt. Insofern haben sich sowohl die juristische Literatur als auch die Rechtsprechung nicht mit Anwendungsproblemen beschäftigen müssen. Auch im Bericht der Kommission über die Durchführung der Richtlinie 2003/33/EG finden sich keine Hinweise auf etwaige Auslegungs- und Durchsetzungsprobleme in Deutschland oder anderen Mitgliedstaaten.

⁷⁰⁹ Vgl. § 22 des LMG in der Fassung vom 15.08.1974, BGBl. I., S. 1945 (1953). Aus dem LMG ist gem. Art. 5 des Gesetzes zur Neuordnung des Lebensmittel- und Futtermittelrechts vom 01.09.2005 (BGBl. I, S. 2618, ber. 3007) das VTabakG hervorgegangen.

⁷¹⁰ Geändert mit Wirkung vom 29.12.2006 durch Erstes ÄndG v. 21.12.2006, BGBl. I, S. 3365.

⁷¹¹ Siehe Fn. 635. – Ein entsprechendes Verbot stellt auch Art. 15 Abs. 1 der Europaratskonvention über das grenzüberschreitende Fernsehen (Europäisches Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 05.05.1989, geändert durch das Protokoll zur Änderung des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen v. 09.09.1998, BGBl. 1994 II, S. 639) auf.

⁷¹² Vgl. S. 3 des Kommissionsberichtes zur Durchführung der Richtlinie 2003/33/EG, KOM(2008) 330 endg. – Ausweislich ihres 14. Erwägungsgrundes lässt die zweite Tabakwerberichtlinie die Richtlinie 89/552/EWG insofern auch unberührt.

⁷¹³ Siehe S. 21 der Begründung zum Dreizehnten Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge, herunterzuladen unter www.rlp.de (Zugriff Februar 2013).

c) Verbot der Internetwerbung gemäß § 21a Abs. 4 VTabakG

aa) Allgemeiner Verbotsgehalt

§ 21a Abs. 4 VTabakG erweitert das in § 21 Abs. 3 VTabakG normierte Werbeverbot für Printmedien und dessen Ausnahmen auf Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne des § 21a Abs. 1 Nr. 3 VTabakG⁷¹⁴, also auf alle elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachten Dienstleistungen. Damit wird auch die Tabakwerbung im Internet grundsätzlich verboten,⁷¹⁵ wobei die gleichen Ausnahmen wie bei den Printmedien gelten.⁷¹⁶

Ausweislich des 6. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2003/33/EG ist Verbotgrund gewesen, dass die Werbung im Internet im gleichen Maße zunehme wie dessen Nutzung durch die vor allem jüngere Bevölkerung. Aus diesem Grund und um eine Umgehung der verbotenen Werbung in Druckerzeugnissen zu verhindern, wurde die Internetwerbung für Tabak durch die Europäische Gemeinschaft in den Mitgliedstaaten verboten.⁷¹⁷

bb) Durchsetzung des Verbotes in Deutschland und Europa

Auch zu dem vom VTabakG in § 21a Abs. 4 umgesetzten Internetwerbeverbot der Richtlinie 2003/33/EG hat die Europäische Kommission in ihrem bereits oben erwähnten Bericht Feststellungen getroffen. Aus ihrer Sicht stelle das Internet die verbreitetste grenzübergreifende Plattform für Tabakwerbung und damit die größte Herausforderung für die wirksame Durchführung der Richtlinienverbote dar, da in diesem Medium regelmäßig Werbungs- und Verkaufsförderungselemente zugunsten von Tabakerzeugnissen platziert würden.⁷¹⁸ Hinzu komme, dass häufig Werbematerial, das in erster Linie für Printmedien und verschiedene Veranstaltungen bestimmt sei, auch über das Internet leicht zugänglich gemacht würde. Ein weiteres Problem bei der Durchführung des Tabakwerbeverbots bestehe darin, verdeckte

⁷¹⁴ Dieser verweist auf Dienste im Sinne des Artikels 2 d) der Richtlinie 2003/33/EG, welche dort wiederum definiert werden als Dienste im Sinne des Artikels 1 Absatz 2 der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.06.1998 über Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. L 204 v. 21.07.1998, S. 37.

⁷¹⁵ Dies folgt indirekt auch schon aus den Erwägungsgründen 6 und 12; entsprechend auch das Verständnis der Literatur, siehe *Masing/Wiedemann*, ZUM 2005, S. 595 (596 m.w.N.).

⁷¹⁶ Siehe oben, S. 156. – Auch Domain-Namen und E-Mail-Adressen werden dabei von *Masing/Wiedemann* (ZUM 2005, S. 595 (598)) als vom Werbebegriff des § 21a Abs. 1 Nr. 3, 4 VTabakG nicht erfasst angesehen. Nach dem zur Definition heranzuziehenden Art. 2 f) der sog. „e-Commerce Richtlinie“ 2000/31/EG (ABl. L 178 v. 17.07.2000, S. 1) seien „Angaben, die direkten Zugang zur Tätigkeit des Unternehmens bzw. der Organisation oder Person ermöglichen, wie insbesondere ein Domain-Name oder eine Adresse der elektronischen Post“ keine Form kommerzieller Kommunikation im Sinne der Verbotstatbestände des VTabakG.

⁷¹⁷ Siehe die Begründung des Kommissionsvorschlags KOM(2001) 283 endg., S. 2.

⁷¹⁸ KOM(2008) 330 endg., S. 8.

und indirekte Werbung zu erkennen.⁷¹⁹ Ferner könne beinahe jeder Werbe- und sonstige „Verkaufsförderungsinhalte“ weltweit über Hostserver aus anderen Mitgliedstaaten oder aus Drittländern ins Internet stellen.⁷²⁰ In der Praxis habe es sich deswegen als schwierig erwiesen, den Urheber zu identifizieren, der das Material veröffentlicht habe. Abgesehen davon könne dieser unter Umständen die Website rasch schließen und an anderer Stelle neu eröffnen.⁷²¹ Diesbezüglich müssten die Kontrollen verstärkt werden, um verdeckte Werbung und Werbung aus schwer zu identifizierenden Quellen einzudämmen.⁷²²

Diese überblicksartig dargelegten Feststellungen der Kommission zeigen, dass auch nach Geltung des Internetwerbverbots in allen Mitgliedstaaten das Internet am stärksten für verbotene Tabakwerbung genutzt zu werden scheint. In Deutschland wird dies durch eine Entscheidung des OLG Hamburg⁷²³ bestätigt, welches zu klären hatte, ob eine Ausnahme vom Tabakwerbverbot auch bei Werbung auf zugangsbeschränkten Internetseiten zu bejahen ist. Es entschied, dass das den Verbotstatbestand des § 21a Abs. 3 S. 2 Nr. 3 i.V.m. Abs. 4 VTabakG generell ausschließende Merkmal einer „breiten Öffentlichkeit“ auch dann gegeben sei, wenn ein Zugang zu einer Internet-Seite mit werbenden Produktinformationen für Tabakerzeugnisse „zwar durch eine Benutzeranmeldung mit Passwort gesichert ist, die Registrierungsprozedur aber grundsätzlich jedem volljährigen Nutzer eröffnet wird, der im Inland wohnt“. Auch mit einem derart zugangsgeschützten Internetauftritt würden alle volljährigen Raucher Deutschlands und damit der vollständige potenzielle Kundenkreis eines Herstellers angesprochen. Aus der Richtlinie 2003/33/EG ergebe sich, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die ausnahmsweise Zulässigkeit der Tabakwerbung nach § 21a Abs. 3 S. 2 Nr. 3 i.V.m. Abs. 4 VTabakG nur bei einer Beschränkung auf bestimmte, durch Sachgesichtspunkte verbundene Personengruppen vorgesehen habe.⁷²⁴ Eine Registrierung mit Altersüberprüfung stelle keine solche sachliche Begrenzung einer Personengruppe dar und sei nicht geeignet, Internetwerbung auf eine im Sinne der Ausnahmeregelung zulässige geschlossene Benutzergruppe einzuschränken.⁷²⁵ Aus dem Urteil des OLG Hamburg wird daher korrekt geschlossen, dass Tabakersteller bzw. werbende Anbieter die Auswahl der zugelassenen Besucher auf im Tabakhandel tätige Personen beschränken müssen, um mit Hilfe von Zugangskontrollen in Deutschland zulässige Tabakwerbung im Internet betreiben zu können.⁷²⁶

⁷¹⁹ KOM(2008) 330 endg., S. 8 f. mit weiterführenden Ausführungen zu den möglichen Formen indirekter Werbung.

⁷²⁰ KOM(2008) 330 endg., S. 9.

⁷²¹ KOM(2008) 330 endg., S. 9.

⁷²² KOM(2008) 330 endg., S. 13 f.

⁷²³ Urt. v. 26.09.2007 – Az. 5 U 36/07, GRUR-RR 2008, S. 318-321. Siehe *Lapp*, jurisPR-ITR 7/2008, Anm. 2 mit weiterführenden Ausführungen zum Inhalt und Gegenstand der Entscheidung.

⁷²⁴ OLG Hamburg, GRUR-RR 2008, S. 318 (320).

⁷²⁵ OLG Hamburg, GRUR-RR 2008, S. 318 (321).

⁷²⁶ So *Lapp*, jurisPR-ITR 7/2008, Anm. 2.

Demgegenüber ist der Vertrieb von Tabakprodukten über das Internet in Deutschland nicht eingeschränkt. Online-Shops, die Tabakwaren zum Verkauf anbieten, aber ansonsten werbefrei sind, sind nach der Rechtsprechung des OLG Karlsruhe⁷²⁷ zulässig und nicht Art. 3 der Tabakwerberichtlinie und ihrer Umsetzung in § 21a Abs. 4 VTabakG unterworfen. Zur Begründung hierfür wird angeführt, dass es einem Verkaufsverbot für Tabakwaren über das Internet gleichkäme, wenn man das Werbeverbot der Tabakwerberichtlinie auf einen Onlineshop für Tabakwaren erstrecken würde.⁷²⁸ Dies stehe im Widerspruch zur Zielrichtung der Richtlinie, welche lediglich die Medienwerbung im gesamten Binnenmarkt vereinheitlichen wolle.⁷²⁹ Werbung in einer Verkaufsstelle sei von ihr nicht erfasst, so dass gleiches insofern auch für die „virtuelle“ Verkaufsstelle eines Internet-Shops gelten müsse.⁷³⁰ Reine Produktinformationen auf einer Online-Plattform werden deswegen auch von *Masing/Wiedemann*⁷³¹ nicht als Werbung, sondern lediglich als unvermeidbarer Bestandteil des virtuellen Verkaufsvorgangs angesehen. Alle weitergehenden, nicht nur für den reinen Verkauf erforderlichen Angaben sind dagegen Werbung im Sinne des § 21a Abs. 1 Nr. 1 VTabakG.⁷³² Im Ergebnis unterliegt deswegen ein Online-Shop, der Tabakwaren lediglich mit sachlich informierenden Angaben und Darstellungen anbietet und vertreibt, in Deutschland nicht dem Internetwerbeverbot des § 21a Abs. 4 VTabakG.⁷³³ Dies ist insoweit nicht zu beanstanden, da auch der Verkauf von Tabakprodukten in Ladengeschäften grundsätzlich zulässig ist und es insofern keinen besonderen Grund gibt, das Internet als ergänzenden Vertriebsweg auszuschließen, sofern bei der eigentlichen Produktpräsentation und anschließenden Kaufabwicklung auf sämtliche unnötigen Werbeelemente verzichtet und sich nur auf die Produktangaben beschränkt wird, die für den Kunden notwendig sind.

⁷²⁷ OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.10.2007 – 19 U 184/06, GRUR-RR 2008, S. 66 (68) mit ausdrücklichem Verweis auf *Masing/Wiedemann*, ZUM 2005, S. 595 ff.

⁷²⁸ OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2008, S. 66 (68).

⁷²⁹ Ebenda.

⁷³⁰ OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2008, S. 66 (69). – Mit ähnlichen Begründungsansätzen kommen auch *Masing/Wiedemann* (ZUM 2005, S. 595 (602)) zu diesem Ergebnis: Da das Pressewerbeverbot mit- samt seiner Ausnahmen entsprechend für die Werbung im Internet gelte, sei eine Internet-Handelsplattform als elektronisches Äquivalent zu den ebenso erlaubten Versandkatalogen (siehe hierzu oben, S. 216 ff.) zu sehen. Da naturgemäß der Zweck eines Tabakwaren-Onlineshops in der Förderung des Absatzes der vertriebenen Waren liege und somit regelmäßig die indirekte Wirkung habe, den Verkauf von Tabakerzeugnissen im Sinne des Werbebegriffs des § 21a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 VTabakG zu fördern, müssten „die Kommunikationsvorgänge, die die Minimalvoraussetzungen eines Verkaufsgeschehens bilden, [...] aus dem Begriff der Werbung herausgenommen werden.“

⁷³¹ ZUM 2005, S. 595 (598).

⁷³² *Masing/Wiedemann*, ZUM 2005, S. 595 (599).

⁷³³ So finden sich im Internet eine Vielzahl derart ausgestalteter Online-Shops, siehe bspw. www.tabakshop2000.de; www.cigarre24.de; www.tabakland.de; www.tabak-heinrich.de (Stand März 2013).

Umstritten ist jedoch, ob der Online-Vertrieb den jugendschutzrechtlichen Beschränkungen für die Abgabe von Tabakwaren in der Öffentlichkeit nach § 10 Jugendschutzgesetz⁷³⁴ (JuSchG) unterfällt. Diesbezüglich hat das LG Koblenz⁷³⁵ entschieden, dass der Versandhandel von Tabakwaren von dem Wortlaut dieser Bestimmung nicht erfasst sei, da dieser besondere Überprüfungen durch den Verkäufer oder den Einsatz von Altersverifikationssystemen nicht verlangen würde. Ebenso werde der Versandhandel ausweislich des Gesetzeswortlautes der Vorschrift nicht vom Verbot der Abgabe „sonst in der Öffentlichkeit“ erfasst und es gebe keine planwidrige Regelungslücke für eine analoge Anwendung. Die für den Tabakwarenvertrieb einschlägige Norm des § 10 JuSchG enthalte insofern einzig Regelungen zur Abgabe von Tabakwaren in Gaststätten sowie sonst in der Öffentlichkeit und zum Automatenverkauf. Im Gegensatz hierzu werde in den für den Vertrieb anderer Produkte über elektronische Trägermedien zuständigen Regelungen im JuSchG immer ausdrücklich auf den in § 1 Abs. 4 JuSchG definierten Versandhandel Bezug genommen und entsprechende Vertriebsanforderungen in den speziell einschlägigen Normen wie §§ 12 Abs. 3 Nr. 2, 15 Abs. 1 Nr. 3 JuSchG normiert. Da dies bei der Tabakwarenabgabe aber nicht erfolgte, sei der Fernabsatz von Tabakprodukten daher auch ohne jugendschutzrechtliche Einschränkungen zulässig.⁷³⁶

Dieser Beschluss ist jedoch aufgrund seiner Konsequenzen für den Onlinevertrieb von Tabakwaren (und auch für den von alkoholischen Getränken⁷³⁷) nicht nachzuvollziehen. Nach dieser Entscheidung dürften Tabakprodukte ohne jede Einschränkung für Kinder und Jugendliche im Wege der Onlinebestellung versendet werden, während eine Abgabe in der Öffentlichkeit und über Automaten erst ab 18 Jahren erlaubt ist. Wegen des dargestellten Wertungswiderspruchs muss aus Gründen des Jugendschutzes der „sonstige öffentliche Raum“ auch Internet-Bestellungen erfassen. Entgegen der Auffassung des LG Koblenz ist deswegen der Online-Versand von Tabakwaren als vom Öffentlichkeitsbegriff des § 10 JuSchG erfasst anzusehen mit der Folge, dass auch die Tabakwaren-Versandhändler bei der Verkaufsabwicklung gem. § 2 Abs. 2 S. 2 JuSchG das Alter des Bestellenden abfragen müssen.⁷³⁸ Eine solche Altersprüfung nehmen aber nicht alle Online-Shops vor.⁷³⁹ Wegen der Beispielswirkung des Einzelurteils des LG Koblenz wird meistens lediglich im Bestellformular die Angabe des Geburtsdatums gefordert oder der Eintritt auf die Homepage mit einer vorherigen anzuklickenden Bestätigung der

⁷³⁴ Vom 23.07.2002, BGBl. I, S. 2730, zuletzt geändert durch Artikel 3 Absatz 1 des Gesetzes v. 31.10.2008 (BGBl. I, S. 2149).

⁷³⁵ Urt. v. 13.08.2007 – 4 HK O 120/07, MMR 2007, S. 725 f.

⁷³⁶ Vgl. insgesamt LG Koblenz, a.a.O.

⁷³⁷ § 9 JuSchG enthält für Alkoholprodukte eine dem § 10 JuSchG entsprechende Regelung, siehe hierzu auch unten, S. 180.

⁷³⁸ So *Liesching*, MMR 2007, S. 725 (726) m.w.N.

⁷³⁹ So zum Beispiel <http://www.cigarre24.de> (Zugriff März 2013).

Volljährigkeit versehen.⁷⁴⁰ Ob hierin jedoch ein geeigneter Nachweis des Lebensalters im Sinne des § 2 Abs. 1 JuSchG zu sehen ist, muss bezweifelt werden.

d) Zeitliche Beschränkung der Kinowerbung gemäß § 11 Abs. 5 JuSchG

Weder die Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG noch das Vorläufige Tabakgesetz enthalten ein Verbot der Werbung für Tabakprodukte im Kino.⁷⁴¹ Dies liegt darin begründet, dass der EuGH im ersten Tabakurteil ausdrücklich festgestellt hat, dass ein Kinowerbeverbot den zwischenstaatlichen Tabakhandel nicht fördere, da ebenso wie bei der Werbung auf Plakaten, auf Sonnenschirmen, Aschenbechern und sonstigen in Hotels, Restaurants und Cafés verwendeten Gegenständen auch in diesem Werbesektor keine durch mögliche divergierende Werbebeschränkungen entstehenden Hemmnisse für den freien Verkehr von Werbeträgern oder für die Dienstleistungsfreiheit mittels eines gemeinschaftsweiten Werbeverbotes beseitigt werden müssten.⁷⁴² Dementsprechend wurde die Kinowerbung von den Werbeverböten der Richtlinie 2003/33/EG ausgenommen und nicht im VTabakG umgesetzt.

In Deutschland findet sich lediglich – neben den oben erwähnten allgemeinen Werbebeschränkungen in §§ 17, 22 Abs. 2 VTabakG⁷⁴³ – in § 11 Abs. 5 des Jugendschutzgesetzes eine zeitliche Beschränkung, nach der Werbefilme oder Werbeprogramme, die für Alkohol- und Tabakwaren werben, nur nach 18 Uhr vorgeführt werden dürfen. Da die Fernsehwerbung für Tabakprodukte grundsätzlich verboten ist,⁷⁴⁴ greift diese Regelung nur bei der Kinowerbung. Diese zeitliche Vorführbeschränkung hat im Gesetzgebungsverfahren erst spät in das JuSchG Eingang gefunden, nachdem ein weitergehender Entwurf⁷⁴⁵ mit einer Altersfreigabe ab 16 Jahren für Werbefilme und Werbeprogramme, die für Tabakwaren oder alkoholische Getränke werben, nach „Abwägung aller Interessen“⁷⁴⁶ als zu weitreichend angesehen und nicht umgesetzt wurde.⁷⁴⁷ Wird für andere Produkte eines Zigarettenherstellers geworben, so greift die Vorschrift nicht ein, wenn dabei kein Tabakkonsum dargestellt wird.⁷⁴⁸ Entscheidend für die Zeitgrenze ist zudem nicht der Beginn des Hauptfilms, sondern allein der Zeitpunkt, zu dem der Werbefilm bzw. das Werbeprogramm abgespielt wird.⁷⁴⁹

⁷⁴⁰ So zum Beispiel <http://www.tabakshop2000.de> und <http://www.tabak-heinrich.de> (Zugriff März 2013).

⁷⁴¹ Vgl. Bericht der Kommission über die Durchführung der Richtlinie für die Tabakwerbung (2003/33/EG) vom 28.05.2008, KOM(2008) 330 endg., S. 11.

⁷⁴² EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-08419, 3. Leitsatz sowie Rn. 99.

⁷⁴³ Siehe hierzu oben, S. 154.

⁷⁴⁴ Siehe hierzu oben, S. 161.

⁷⁴⁵ Vgl. § 14 Abs. 1 S. 2 RE, BT-Drs. 14/9013, S. 6.

⁷⁴⁶ BT-Drs. 14/9410, S. 30.

⁷⁴⁷ Hierauf hinweisend *Liesching*, in Erbs/Kohlhaas, § 11, Rn. 15.

⁷⁴⁸ *Liesching*, in Erbs/Kohlhaas, § 11, Rn. 16; *Nikes/Roll/Spürck/Umbach*, § 11, Rn. 18.

⁷⁴⁹ So *Liesching*, in Erbs/Kohlhaas, § 11, Rn. 16.

Der Vorschrift wird zu Recht vorgeworfen, dass sie zum größten Teil nicht die gefährdeten Altersgruppen erreiche: Insbesondere die sich im „klassischen Einstiegsalter“ befindlichen Zwölf- bis Vierzehnjährigen würden erfahrungsgemäß Kinofilme besuchen, die erst ab 20 Uhr beginnen, also zu einer Zeit, für die das Werbeverbot nicht gelte.⁷⁵⁰ Dies wird auch nicht durch die begleitenden Regelungen in § 11 Abs. 3 Nr. 3 JuSchG abgemildert; auch hiernach können Jugendliche unter 16 Jahre Vorführungen bis 22 Uhr alleine besuchen. Es bleibt also von 18 Uhr bis 22 Uhr genügend Spielraum, um vor dem Kinofilm Tabakwerbung zu schalten, die ein Jugendlicher sehen kann. Sechs- bis Vierzehnjährige können ebenfalls ohne Begleitung einen für ihre Altersgruppe freigegebenen Film ansehen, der bis 20 Uhr dauert (vgl. § 11 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG), so dass auch hier zwischen 18 und 20 Uhr bei einer regelmäßigen Filmdauer von 90 Minuten ein dreißigminütiges Zeitfenster für Tabakwerbung bleibt.⁷⁵¹ Die mit Blick auf den ungewünschten Anreiz zu Zigarettenkonsum durch Werbung bestehende Gefährdungslage Jugendlicher wird daher zu Recht als durch die Zeitenbeschränkung des § 11 Abs. 5 JuSchG keineswegs effektiv verhindert angesehen.⁷⁵²

Nicht verständlich ist insofern, warum die Kinowerbung für Tabakerzeugnisse nicht ebenfalls im Zuge der Reformierung des VTabakG Ende 2006 mit einem den Fernseh- und Hörfunkverboten entsprechendem Totalverbot belegt wurde. Somit kann für Tabakerzeugnisse im Kino derzeit ab 18.00 Uhr und damit in einem Zeitraum, der von den schutzbedürftigen Jugendlichen für Kinobesuche vornehmlich genutzt wird, geworben werden, obwohl der Bezug dieser Produkte erst ab 18 Jahren erlaubt ist.⁷⁵³ Eine nachvollziehbare Begründung hierfür ist nicht zu finden. Da die europäische Richtlinie 2003/33/EG durch ihre nur für bestimmte Bereiche geltenden Mindestvorgaben lediglich zu einer Teilharmonisierung des mitgliedstaatlichen Tabakwerberechts führte,⁷⁵⁴ wäre der nationale Gesetzgeber gefordert gewesen, entsprechende ergänzende Werbebeschränkungen zu schaffen. Dass dies unterblieben ist, kann auf eine erfolgreiche Lobbyarbeit der Tabakhersteller zurückgeführt werden, die das durch die eingangs dargestellte EuGH-Rechtsprechung eröffnete Einfallstor (ebenso wie bei der weiterhin erlaubten Plakatwerbung) gesehen und die Gesetzgeber in Deutschland vom Erlass einer unabhängigen nationalen Regelung abgehalten haben. Eine Kohärenz der Werbebeschränkungen hinsichtlich einer stimmigen und medienübergreifend systematischen Werberegulierung ist für Tabakprodukte in diesem Punkt – zumindest derzeit – nicht gegeben.

⁷⁵⁰ So *Nikles/Roll/Spürck/Umbach*, § 11, Rn. 19.

⁷⁵¹ Siehe ebenda.

⁷⁵² *Nikles/Roll/Spürck/Umbach*, § 11, Rn. 19.

⁷⁵³ Siehe §§ 10 i.V.m. § 3 Abs. 1 JuSchG.

⁷⁵⁴ Siehe Erwägungsgrund 12 der Richtlinie 2003/33/EG.

V. Ergebnis und eigene Stellungnahme

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Werbung für Tabakprodukte durch die §§ 21a, 22 VTabakG nur für die Medien Fernsehen und Radio vollkommen untersagt wird. In den Printmedien ist Tabakwerbung zwar im Grundsatz ebenfalls verboten, jedoch werden von der Rechtsprechung neben den in § 21a Abs. 3 VTabakG genannten eine Vielzahl von weiteren Ausnahmen zugelassen. Bereits nach dem EuGH ist Tabakwerbung in Mitteilungsblättern lokaler Vereine, Programmen kultureller Veranstaltungen, Telefonbüchern und in vergleichbar publikumsbegrenzten Veröffentlichungen zulässig. Innerstaatlich wurde in Deutschland darüber hinaus reine Imagewerbung, die mit einem meinungsäußernden Inhalt verknüpft wurde, unter der Meinungsfreiheit des Art. 10 EMRK als ebenso zulässig angesehen. Versandkataloge, in denen Tabakprodukte zur Bestellung angeboten werden, sollen dagegen nicht dem Pressebegriff unterfallen. Auch im Internet ist unabhängige oder mit anderen Inhalten bzw. Produkten verknüpfte Tabakwerbung verboten. Ausgenommen werden Domain-Namen oder E-Mail-Adressen, sowie werbefreie, aber mit einer altersbezogenen Zugangsbeschränkung versehene Tabak-Onlineshops. Tabakwerbung im herkömmlichen Sinne ist im Internet so einzig möglich mittels zugangsbeschränkter Seiten für im Tabakhandel tätige Personen.

Im Gegensatz dazu unterliegt die Kinowerbung keinerlei Regelungen im VTabakG, sondern einzig der Zeitenbeschränkung des § 11 Abs. 5 JuSchG. Ursache dessen ist, dass dem Gemeinschaftsgesetzgeber im ersten Tabakwerbeurteil⁷⁵⁵ die Regelungskompetenz für alle Tatbestände ohne Binnenmarktrelevanz abgesprochen wurde. Hierunter fiel insbesondere die Werbung auf Sonnenschirmen, Aschenbechern oder sonstigen in Hotels, Gaststätten und Cafés verwendeten Werbeprodukten sowie die Werbung auf Plakaten und im Kino.⁷⁵⁶ Aufgrund dessen sah die zweite Tabakwerberichtlinie 2002/33/EG die entsprechenden Verbote nicht mehr vor, so dass ein Verbot der Kinowerbung auch nicht im VTabakG umgesetzt wurde.

Allerdings wurde von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) im Mai 2003, also zweieinhalb Jahre nach Erlass der „gekürzten“ Werberichtlinie, die „Framework Convention on Tobacco Control“ (FCTC)⁷⁵⁷ verabschiedet. Die im Zuge dieses Rahmenübereinkommens getroffenen Maßnahmen sollen auf nationaler Ebene genau die Bestimmungen der zweiten Tabakwerberichtlinie ergänzen, die nach dem ersten Urteil des EuGH in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen.⁷⁵⁸ Der für die Werbung einschlägige Artikel 13 der FCTC beinhaltet so die grundsätzliche Verpflichtung der Vertragsländer zu einem umfassenden Verbot der Werbung, der Verkaufsförderung und des Sponsorings für Tabakerzeugnisse. Die

⁷⁵⁵ EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-08419, Rn. 84.

⁷⁵⁶ EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-08419, 3. Leitsatz sowie Rn. 99.

⁷⁵⁷ WHO Framework Convention on Tobacco Control, 2003, abrufbar unter www.who.int/fctc (Zugriff März 2013); siehe hierzu ausführlich *Pauling*, VuR 2008, S. 472 (473 f.).

⁷⁵⁸ *Pauling*, VuR 2008, S. 472 (476).

im Anschluss von den zuständigen Arbeitsgruppen bis Mitte Mai 2008 erarbeiteten Leitlinien zu Art. 13 FCTC enthalten darauf basierende Verbote der direkten oder indirekten Werbung für Tabakerzeugnisse in allen Medien, also Hörfunk und Fernsehen, Presse und Internet, aber auch Kino und Plakaten.⁷⁵⁹

Da aber die Leitlinien der WHO-Tabakrahmenkonvention rechtlich unverbindlich sind, ist die Umsetzung auf staatlicher Ebene Aufgabe des jeweiligen Gesetzgebers.⁷⁶⁰ So erklärte die Drogenbeauftragte der damaligen Bundesregierung am 15. September 2008, sie sei aufgrund der Ratifizierung der Tabakrahmenkonvention verpflichtet, die Plakatwerbung zu verbieten.⁷⁶¹ Hinsichtlich der Kinowerbung hatte kurz vorher auch der Drogen- und Suchtrat am 9. Juni 2008 im Rahmen seiner „Empfehlungen für Nationale Aktionsprogramme zur Alkohol- und zur Tabakprävention“⁷⁶² – neben dem ebenfalls für erforderlich gehaltenen Totalverbot für Plakatwerbung – die Einführung eines umfassenden Verbotes der Kinowerbung für Tabakprodukte gefordert,⁷⁶³ zumindest aber eine Einschränkung der dortigen Werbung bis 20 Uhr.⁷⁶⁴ Auch diesbezüglich hatte die damalige Bundesregierung direkt im Anschluss angekündigt, diese Vorschläge zu prüfen und schnellstmöglich umzusetzen.⁷⁶⁵ Den von Seiten der Bundesregierung erfolgten Ankündigungen sind jedoch – soweit ersichtlich – bisher keine entsprechenden Gesetzesvorlagen gefolgt.⁷⁶⁶

Entsprechende Verbote sind aber aus gesundheitspolitischer Sicht unabdingbar.⁷⁶⁷ Plakatwerbung findet derzeit ohne ernsthafte Berücksichtigung des Jugendschutzes statt, da sie vor allem an Haltestellen öffentlicher Verkehrsmittel präsent ist, an denen insbesondere Jugendliche warten.⁷⁶⁸ Ebenso darf grundlos noch für

⁷⁵⁹ So die Darstellung bei *Pauling*, VuR 2008, S. 472 (474) mit Verweis auf World Health Organization Dok. FCTC/COP/3/9 v. 02.09.2008, S. 5, 6, 8; abrufbar unter <http://www.who.int/gb/ctc> (Zugriff März 2013).

⁷⁶⁰ *Pauling*, VuR 2008, S. 472 (476).

⁷⁶¹ Vgl. die Pressemitteilung des Bundesgesundheitsministeriums v. 16.09.2008, abrufbar unter: http://www.bmg.bund.de/cn_100/nn_1197282/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Drogenbeauftragte/2008/pm-16-09-2008.html?__nnn=true (Zugriff Februar 2010); hierauf auch verweisend *Pauling*, VuR 2008, S. 472 (473)

⁷⁶² Abrufbar unter <http://www.bmg.bund.de> (Zugriff März 2013).

⁷⁶³ Vgl. S. 11 der Empfehlungen des Drogen- und Suchtrates.

⁷⁶⁴ Ziel 7.2. auf S. 19 der Empfehlungen des Drogen- und Suchtrates.

⁷⁶⁵ Vgl. die Pressemitteilung der Drogenbeauftragten Sabine Bätzing vom 17.06.2008, abrufbar unter: http://www.bmg.bund.de/nn_1195892/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Drogenbeauftragte/2008/pm-17-06-08.html (Zugriff Februar 2010).

⁷⁶⁶ So soll auch die Verbraucherschutzministerin Aigner Anfang 2012 angekündigt haben, ein Gesetz zu erarbeiten, das die Plakat- und Kinowerbung für Zigaretten und andere Tabakprodukte verbiete, siehe <http://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.verbraucherschutz-hickhack-um-tabak-werbeverbot.e38047eb-99a3-4772-a3f4-4436df4a634d.html> (Zugriff Februar 2013).

⁷⁶⁷ Zu den positiven volkswirtschaftlichen Auswirkungen des Tabakwerbeverbots, aber auch dem ökonomischen Nutzen des Rauchens siehe die Darstellung bei *Sopp*, EuZW 2005, S. 366 ff.

⁷⁶⁸ Siehe zu denkbaren verfassungsrechtlichen Einwänden *Pauling*, VuR 2008, S. 472 (477), der aber auch im Ergebnis zu einer Verfassungsmäßigkeit eines Plakatwerbeverbots kommt.

Tabakprodukte im Kino geworben werden, im Fernsehen, Radio und Internet dagegen nicht mehr. Hier müsste eine Angleichung erfolgen, um die erforderliche Kohärenz in der Regulierung der Bild- und Tonmedien herzustellen.⁷⁶⁹

C. Werbebeschränkungen für alkoholhaltige Produkte

Nach der Feststellung, dass bei den Tabakprodukten für fast alle Werbemedien umfassende Verbote bestehen, soll als nächstes untersucht werden, warum dies angesichts existierender Medienwerbung für alkoholhaltige Produkte nicht der Fall ist und welche Beschränkungen für Form und Inhalt der Bewerbung dieser Produktgruppe bestehen.

I. Inhaltliche Werbebeschränkungen

Dem bisherigen Aufbau entsprechend sollen zunächst die inhaltlichen Werbereglementierungen für alkoholische Getränke kurz dargestellt und anschließend mögliche medienspezifische Beschränkungen näher betrachtet werden.

1. Irreführungsverbot des § 11 Abs. 1 Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch

Da alkoholische Getränke zum Verzehr geeignete Lebensmittel⁷⁷⁰ sind, greift für ihre Bewerbung grundsätzlich – natürlich neben den für sämtliche Werbemaßnahmen generell geltenden Regelungen des UWG⁷⁷¹ – das Irreführungsverbot des § 11 Abs. 1 LFGB.⁷⁷² Demnach ist wie bei der Tabakwerbung verboten, Lebensmittel unter irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung in den Verkehr zu bringen oder für diese mit irreführenden Darstellungen oder sonstigen Aussagen zu werben. Eine Irreführung soll dabei nach den in § 11 Abs. 1 Nr. 1-4 LFGB genannten Regelbeispielen insbesondere dann vorliegen, wenn zur Täuschung geeignete Angaben, Darstellungen oder sonstige Aussagen über Eigenschaften verwendet werden, ferner wenn Wirkungen beigelegt werden, die den Lebensmitteln nicht zu-

⁷⁶⁹ So hat auch die Kommission richtigerweise in ihrem Entwurf für die zweite Tabakwerberichtlinie darauf hingewiesen, dass „Verbote der Werbung und Absatzförderung [nur dann] wirksam sind, [...] wenn sie umfassend sind und sich auf sämtliche Medien und Logos erstrecken“, siehe KOM(2001) 283 endg v. 30.05.2001, S. 7

⁷⁷⁰ Vgl. § 2 LFGB mit Verweis auf Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 vom 28.01.2002, ABl. L 31 v. 01.02.2002, S. 1, wonach als Lebensmittel alle Stoffe, Erzeugnisse und Getränke angesehen werden, die dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand von Menschen aufgenommen werden.

⁷⁷¹ Siehe zur wettbewerbsrechtlichen Regulierung der Alkoholwerbung *Mentjes*, Alkoholwerbung, S. 55-70.

⁷⁷² Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.08.2011 (BGBl. I, S. 1770), zuletzt geändert durch die Verordnung v. 03.08.2012 (BGBl. I, S. 1708).

kommen, wenn außerdem zu verstehen gegeben wird, dass ein Lebensmittel besondere Eigenschaften hat, obwohl alle vergleichbaren Lebensmittel dieselben Merkmale haben oder wenn dem beworbenen Lebensmittel der Anschein eines Arzneimittels gegeben wird. Auf diese allgemeingültigen Kriterien des Lebensmittelrechts soll der Zielsetzung dieser Arbeit entsprechend nicht näher eingegangen werden.⁷⁷³

2. *Indirekte Werbebeschränkungen aus Art. 4 Abs. 3 EG-Verordnung 1924/2006 sowie § 9 Abs. 4 JuSchG*

Werbebeschränkungen indirekter Art ergeben sich desweiteren zum einen aus der sog. Health-Claims-Verordnung⁷⁷⁴, nach deren Art. 4 Abs. 3 Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent keine gesundheits- oder nährwertbezogenen Angaben tragen dürfen mit Ausnahme solcher, die sich auf eine Reduzierung des Alkoholgehalts oder des Brennwertes beziehen.⁷⁷⁵ Gemäß § 9 Abs. 4 JuSchG dürfen zum anderen alkoholhaltige Süßgetränke im Sinne des § 1 Abs. 2 und 3 des Alkopopsteuergesetzes⁷⁷⁶ gewerbsmäßig nur mit dem Hinweis „Abgabe an Personen unter 18 Jahren verboten, § 9 Jugendschutzgesetz“ in den Verkehr gebracht werden.

3. *Verhaltensregeln des Deutschen Werberats für alkoholhaltige Getränke*

Ergänzend zu den sich aus diesen gesetzlichen Bestimmungen ergebenden inhaltlichen Einschränkungen gelten seit 1998 medienübergreifend die Verhaltensregeln des Deutschen Werberats über die kommerzielle Kommunikation für alkoholhaltige Getränke.⁷⁷⁷ Diese enthalten Vorgaben für die Produktwerbung für alkoholische Getränke und erfassen sämtliche gebräuchlichen „Kommunikationsinstru-

⁷⁷³ Siehe aber die ausführliche Darstellung zur Vorgängerregelung des § 17 LMBG auf alkoholische Getränke bei *Mentjes*, Alkoholwerbung, S. 27 ff. sowie zu den im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter interessierenden lebensmittelrechtlichen Regulierungen ebenda, S. 25 ff.

⁷⁷⁴ Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel vom 20.12.2006, ABl. L 12 v. 18.01.2007, S. 3.

⁷⁷⁵ Siehe hierzu auch OVG Koblenz (Urt. v. 19.08.2009 – 8 A 10579/09, WRP 2009, S. 1418 ff.) zur Bezeichnung „bekömmlich“ als gesundheitsbezogene Angabe i.d.S.; ferner LG München (Urt. v. 12.02.2009 – 4 HK O 17977/08 (juris)) sowie EuGH (Urt. v. 23.11.2006, Rs. C-315/05, Slg. 2006, I-11181 zur Haftung des Vertreibers eines alkoholischen Getränks wegen fehlerhafter Angabe des Alkoholgehalts durch den Hersteller.

⁷⁷⁶ Gesetz über die Erhebung einer Sondersteuer auf alkoholhaltige Süßgetränke (Alkopops) zum Schutz junger Menschen (Alkopopsteuergesetz – AlkopopStG) vom 23.07.2004 (BGBl. I, S. 1857), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 21.12.2010 (BGBl. I, S. 2221).

⁷⁷⁷ Zu finden unter <http://www.werberat.de/alkoholhaltige-getraenke> (Zugriff Februar 2013). – *Mentjes* (Alkoholwerbung, S. 70) weist darauf hin, dass sie aus der Besonderheit erwachsen sind, dass das UWG mit seinen Zentralnormen in § 1 und § 3 UWG eine für den Wettbewerbsteilnehmer aufgrund seines „Case-Laws“ schwer zu erfassende Reichweite besitzt. Durch die Verhaltensregeln solle deswegen den Wettbewerbsteilnehmern der einzelnen Branchen die im Sinne der Rechtsprechung UWG-konforme Auslegung dieser Vorschriften erleichtert werden.

mente“ der Wirtschaft, mit denen vornehmlich die Verkaufsförderung von alkoholhaltigen Produkten bezweckt wird.⁷⁷⁸ Die Verhaltensregeln enthalten neun detaillierte Regelungsbereiche. Im Zentrum steht die Verpflichtung, alles in der Werbung zu unterlassen, was als Aufforderung zu übermäßigem oder missbräuchlichem Konsum alkoholhaltiger Getränke ausgelegt werden könnte. Weiter soll die kommerzielle Kommunikation keine Menschen zeigen, die erkennbar zuviel alkoholhaltige Getränke zu sich genommen haben oder den Eindruck erwecken, ein solches Konsumverhalten sei akzeptabel. Ferner darf nicht mit alkoholtrinkenden Kindern, Jugendlichen, Leistungssportlern, Fahrzeugführenden oder Personen des Heilgewerbes geworben werden. Werden Personen gezeigt, müssen sie vom optischen Eindruck her junge Erwachsene sein. Hoher Alkoholgehalt darf nicht besonders herausgestellt werden. Darüber hinaus untersagt werden die Gleichsetzung von Alkohol und Medizin, die Darstellung von Alkohol als Konfliktlöser sowie abwertende Ausführungen über Abstinenz. Alkoholwerbung soll auch nicht in den Medien erscheinen, deren redaktioneller Teil sich mehrheitlich an Kinder oder Jugendliche richtet.

Auch wenn die rechtliche Zulässigkeit solcher freiwilligen Selbstbeschränkungen in verfassungs- und kartellrechtlicher Hinsicht als problematisch eingestuft wird,⁷⁷⁹ wird ihre Einhaltung vom deutschen Werberat als zuständiges Kontrollorgan überwacht, so dass sie als medienunabhängige Werbebeschränkungen für alkoholische Getränke anzusehen sind.⁷⁸⁰

II. Medienspezifische Werbebeschränkungen

Mangels expliziter Verbote ist Werbung für alkoholische Getränke grundsätzlich in sämtlichen Werbemedien zu finden, hauptsächlich aber neben der Presse im Fernsehen und Radio. Dank ihrer Verbreitung und der Möglichkeit, die beworbenen Zielgruppen zeitgenau zu bestimmen, werden vorwiegend diese beiden Medien als Werbeträger genutzt.⁷⁸¹ Insbesondere das Medium Fernsehen bietet neben dem

⁷⁷⁸ Vgl. die Definition von „kommerzieller Kommunikation“ zu Beginn der Verhaltensregeln.

⁷⁷⁹ Siehe hierzu die ausführliche Darstellung bei *Menjes*, Alkoholwerbung, S. 70 ff.

⁷⁸⁰ Das genaue Procedere ist im Einzelnen durch die Verfahrensordnung des Deutschen Werberats in der Fassung vom 24.09.1979 geregelt, siehe hierzu <http://www.werberat.de> (Zugriff Februar 2013). – Von den 254 im Jahr 2004 vom Werberat zu entscheidenden Fällen betrafen jedoch nur 12 (4,7 Prozent) den Wirtschaftsbereich alkoholhaltige Getränke; Quelle: Standpunkt der deutschen Werbewirtschaft zum Markenwettbewerb der Anbieter alkoholhaltiger Getränke vom August 2005, S. 4, zu finden unter <http://www.zaw.de> (Zugriff März 2013).

⁷⁸¹ Die Printmedien hatten im Jahr 2008 mit rund 51,1 % den größten Anteil am Werbemarkt. Das Fernsehen als zweitstärkster Werbeträger hatte 38,2% Anteile an den Werbeaufwendungen in Deutschland, der Hörfunk 6,4 %. Der Anteil der Außenwerbung (Plakate, Schaufenster, Verkehrsmittel) betrug dagegen 7,3 % im Jahr 2002 (Quelle: <http://www.destatis.de>, Zugriff März 2013).

herkömmlichen TV-Spot und neueren Split-Screen-Einblendungen⁷⁸² für die Werbenden attraktive Möglichkeiten außerhalb der reinen Produktdarstellung, wie beispielweise Sponsoring, Dauerwerbesendungen oder Product-Placement.⁷⁸³

1. Beschränkungen für Fernsehen und Hörfunk

a) Generelle Einschränkung durch § 7 Abs. 10 RfStV

Erst seit April 2010 wird die Werbung für alkoholische Getränke im Fernsehen und Hörfunk durch § 7 Abs. 10 RfStV⁷⁸⁴ geregelt, nach dem Werbung und Teleshopping für alkoholische Getränke den übermäßigen Genuss solcher Getränke nicht fördern dürfen.⁷⁸⁵ Damit soll die bejahende Herausstellung eines erhöhten Alkoholgenusses durch die Werbenden vermieden werden.⁷⁸⁶ Ergänzt wird diese Regelung durch die auf Grundlage des § 46 RStV ergangenen Werberichtlinien der öffentlich-rechtlichen und privaten Sendeanstalten, die aber nur die oben schon dargestellten Selbstbeschränkungsrichtlinien des Deutschen Werberats zur Grundlage haben.⁷⁸⁷

b) Zielgruppenbeschränkung durch § 6 Abs. 5 JMStV

Gezielter begrenzt wird die Werbung für Alkoholika dagegen durch § 6 Abs. 5 JMStV⁷⁸⁸, nach dem sich Werbung für Alkohol weder an Kinder oder Jugendliche

⁷⁸² Siehe § 7 Abs. 4 RStV.

⁷⁸³ *Mentjes*, Alkoholwerbung, S. 77 f. – Übergreifend medienpezifisch zu beachten sind diesbezüglich die allgemeinen Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages in §§ 7, 7a und 8. Vgl. zu den Auswirkungen der allgemeinen Werberegulungen des RStV auf die Alkoholwerbung *Mentjes*, Alkoholwerbung, S. 78 ff.

⁷⁸⁴ Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag) vom 31.08.1991, in der Fassung des Fünfzehnten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Fünfzehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) vom 15. bis 21.12.2010.

⁷⁸⁵ Eingefügt wurde diese Vorschrift zum 01.04.2010 mit dem Dreizehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag zur Umsetzung des Art. 3e Abs. 1 e) der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (ABl. Nr. L 298 v. 17.10.1989, S. 23) in der durch die Richtlinie 2007/65/EG geänderten Fassung. Siehe S. 8 der Begründung zum Dreizehnten Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (herunterzuladen unter www.rlp.de (Zugriff Februar 2013)).

⁷⁸⁶ *Ladeur*, in Hahn/Vesting, § 7 RStV, Rn. 77a.

⁷⁸⁷ Vgl. Ziff. 3.2. der ARD-Richtlinien für die Werbung, zur Durchführung der Trennung von Werbung und Programm und für das Sponsoring (<http://www.wdr-media-group.com/media/pdf/ard-werberichtlinien.pdf> (Zugriff März 2013)); Ziff. 3.2. der ZDF-Richtlinien für Werbung und Sponsoring (http://www.unternehmen.zdf.de/fileadmin/files/Download_Dokumente/DD_Grundlagen/Interne_Vorschriften/5.1.1.4.3_u_Richtlinien_f3r_Werbung_und_Sponsoring_im_ZDF.pdf (Zugriff März 2013)) und Ziff. 3.1 der Gemeinsamen Richtlinien der Landesmedienanstalten für die Werbung, zur Durchführung der Trennung von Werbung und Programm und für das Sponsoring im Fernsehen (<http://www.lfm-nrw.de/fileadmin/lfm-nrw/Medienalltag/WerbeRiLi.pdf> (Zugriff März 2013)). – Näher erläuternd *Mentjes*, Alkoholwerbung, S. 92 ff.

⁷⁸⁸ Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – JMStV) vom 20.11.2002 in der Fassung des Dreizehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrages vom 20.11.2009.

richten noch durch die Art der Darstellung besonders ansprechen oder diese beim Alkoholgenuss darstellen darf. Diese Jugend- und Gesundheitsschutz kombinierende Beschränkung soll ausweislich der amtlichen Begründung die Vorgaben des Art. 15 EG-Fernsehrichtlinie a.F.⁷⁸⁹ umsetzen,⁷⁹⁰ nach dem Fernsehwerbung für alkoholische Getränke folgenden Kriterien entsprechen muss: Sie darf – wie auch vom Wortlaut des Art. 6 Abs. 5 JMStV vorgegeben – nicht speziell an Minderjährige gerichtet sein und diese insbesondere nicht beim Alkoholgenuss darstellen. Darüber hinaus darf – ähnlich wie in den Selbstbeschränkungen des Deutschen Werberats – keinerlei Verbindung zwischen Alkoholgenuss und einer Verbesserung der physischen Leistung oder dem Führen von Kraftfahrzeugen hergestellt werden. Auch darf nicht der Eindruck erweckt werden, Alkoholgenuss fördere sozialen oder sexuellen Erfolg. Die Werbung soll weiter nicht eine therapeutische, stimulierende, beruhigende oder konfliktlösende Wirkung von Alkohol suggerieren oder Unmäßigkeit im Genuss alkoholischer Getränke fördern bzw. Enthaltensamkeit oder Mäßigung negativ darstellen. Letztlich darf auch die Höhe des Alkoholgehalts von Getränken nicht als positive Eigenschaft hervorgehoben werden.⁷⁹¹ Auch wenn diese Regelbeispiele nur ausdrücklich auf Fernsehwerbung und Teleshopping Bezug nehmen, können sie zur Auslegung von § 6 Abs. 5 JMStV herangezogen werden, dessen Anwendungsbereich ausweislich des in § 2 Abs. 2 normierten Geltungsbereichs des JMStV sämtliche Angebote elektronischer Informations- und Kommunikationsmedien umfasst.⁷⁹²

Neben diesen Vorgaben werden von der Literatur zudem Werbeaussagen als durch § 6 Abs. 5 JMStV verboten angesehen, in denen Jugendliche provokativ als noch nicht reif genug für den Genuss alkoholischer Getränke angesprochen und dadurch zum Konsum herausgefordert werden.⁷⁹³ Da darüber hinaus die Darstellung Minderjähriger beim Alkoholgenuss ausdrücklich untersagt ist, soll auch der

⁷⁸⁹ Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (ABl. Nr. L 298 v. 17.10.1989, S. 23). – Siehe zu den Regulierungen der Alkoholwerbung durch die RiLi 89/552/EWG *Mentjes*, Alkoholwerbung, S. 101 ff.

⁷⁹⁰ Auch die Forderungen des europäischen Rates in der „Empfehlung zum Alkoholkonsum von jungen Menschen, insbesondere Kindern und Jugendlichen“ (Empfehlung 2001/458/EG, ABl. L 161 v. 16.06.2001) wurden durch § 6 Abs. 5 JMStV somit umgesetzt.

⁷⁹¹ Inhaltlich weitgehend übereinstimmende Regelungen stellt auch Art. 15 Abs. 2 der Europaratskonvention über das grenzüberschreitende Fernsehen (Europäisches Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen (Europaratskonvention) vom 05.05.1989, geändert durch das Protokoll zur Änderung des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen v. 09.09.1998, GRUR Int. 1990, S. 134) auf. Trotz der teilweise unterschiedlichen Formulierungen sind die Bestimmungen in der Zielsetzung identisch, so *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, § 6 JMStV, Rn. 22; zur Verdrängung des Europäischen Übereinkommens durch die FernsehRiLi siehe *Mentjes*, Alkoholwerbung, S. 101.

⁷⁹² Auf die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie kommt es dabei deshalb nicht an, weil die amtliche Begründung (<http://www.artikel5.de/gesetze/jmstv-bg.html>; Zugriff März 2013) zu § 6 Abs. 5 ausdrücklich auf diese Bezug nimmt.

⁷⁹³ *Scholz/Liesching*, § 6, Rn. 13.

dargestellte Konsums Erwachsener im Beisein von Kindern und Jugendlichen erfasst sein, soweit dadurch der Gesamteindruck entstehen kann, alle der zur Anschauung gebrachten Personen einschließlich der Minderjährigen würden Alkohol konsumieren.⁷⁹⁴ Weiter ist zur Feststellung, ob die Aufmachung der Werbung gezielt auf Kinder oder Jugendliche abzielt, nach den Empfehlungen des Europäischen Rates darauf zu achten, ob bestimmte Trendsymbole (Zeichen, Motive oder Farben), die mit der Jugendkultur assoziiert werden, Verwendung finden, ob Kinder, Jugendliche oder andere jung wirkende Models in Werbekampagnen eingesetzt werden und ob die Werbung bei Sport- und Musikveranstaltungen bzw. anderen besonderen Veranstaltungen stattfindet, bei denen eine nennenswerte Anzahl von Kindern und Jugendlichen als Teilnehmer oder Zuschauer anwesend sind.⁷⁹⁵

Soweit ersichtlich, war der Regelungsbereich des § 6 Abs. 5 JMStV bisher nicht Gegenstand gerichtlicher Überprüfungen. Lediglich das OLG Hamm⁷⁹⁶ untersagte eine Werbung für ein alkoholhaltiges Instantgetränkpulver aufgrund ihrer Aufmachung, des verwendeten Sprachstils und der zielgerichteten Ausrichtung an Jugendliche.⁷⁹⁷ Hervorzuheben ist an der Entscheidung, dass aus Sicht des OLG hinsichtlich der Frage, wann sich eine Werbemaßnahme i.S.d. § 6 Abs. 5 JMStV überwiegend an Kinder oder Jugendliche richtet, nicht mehr auf eine objektive Sichtweise der Verkehrskreise abgestellt werden müsse, wenn eine Werbung bereits durch ihre offensichtliche Art der Darstellung direkt auf Kinder und Jugendliche abziele und diese besonders ansprechen solle.⁷⁹⁸ Über diese Feststellung hinausgehende Hinweise oder den Regelungsgehalt des § 6 Abs. 5 JMStV medienpezifisch konkretisierende Ausführungen enthält das Urteil jedoch nicht.

Insofern besteht hinsichtlich der Einschränkungen der Alkoholwerbung durch § 6 Abs. 5 JMStV noch keine gefestigte Spruchpraxis, die eine verlässliche Grenzziehung bei jugendgefährdender Alkoholwerbung erkennen lässt. Hinzu kommt, dass auch hier die bereits bei der Tabakwerbung geäußerte Kritik hinsichtlich der Widersprüchlichkeit der jugendschützenden Regelungen des JuSchG und JMStV

⁷⁹⁴ *Scholz/Liesching*, § 6, Rn. 13.

⁷⁹⁵ So – nicht abschließend dargestellt – die Aufzählung in Abschnitt II 1. b) der Empfehlung 2001/458/EG zum Alkoholkonsum von jungen Menschen, insbesondere Kindern und Jugendlichen, ABl. L 161 v. 16.06.2001, S. 38 (40).

⁷⁹⁶ Urt. v. 19.10.2006 – 4 U 83/06, ZLR 2007, S. 223 ff.

⁷⁹⁷ Siehe für eine genaue Beschreibung der verwendeten Werbesprüche und ihrer Aufmachung die Rn. 18 f. des Urteils (juris).

⁷⁹⁸ OLG Hamm, Urt. v. 19.10.2006, ZLR 2007, S. 223 (224). – Siehe auch *Weblau*, ZLR 2007, S. 228 ff., der richtigerweise feststellt, dass die vom OLG Hamm vorgenommene Begründung zwar deswegen rechtlich fehlerhaft war, weil es sich bei dem beworbenen Produkt um eine Zuckerware in Pulverform, nicht aber um ein alkoholisches Getränk i.S.d. § 6 Abs. 5 JMStV gehandelt habe und auch die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung nicht gegeben waren, die Entscheidung im Ergebnis wiederum dennoch richtig war, weil der Hersteller durch die Werbung eine allgemeine sittliche Verpflichtung zum Jugendschutz bei der Bewerbung von alkoholartigen Erzeugnissen, die im JMStV, im Alkopopsteuergesetz sowie in weiteren Jugendschutzvorschriften zum Ausdruck komme, missachtet und damit unlauter im Sinne der als Auffangtatbestand dienenden Generalklausel des § 3 UWG gehandelt habe.

Bestand hat: Die dargestellten Beschränkungen des § 6 Abs. 5 JMStV gelten unabhängig davon, dass die Altersbeschränkungen für sog. leichte Alkoholika gem. § 9 JuSchG nicht bis zur Volljährigkeit reichen.⁷⁹⁹ Folge davon ist, dass wegen der Definition in § 3 Abs. 1 JMStV Jugendliche bis 18 Jahren nicht beworben werden dürfen, der Verkauf von sog. leichten Alkoholika⁸⁰⁰ gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 JuSchG aber bereits an Jugendliche ab 16 Jahren erlaubt ist. Hierin besteht eine Inkonsistenz zwischen Verkaufsalter und Zielrichtungsalter der Beworbenen. Ob eine angleichende Anhebung des Verkaufes leichter Alkoholika erst ab 18 Jahren erforderlich ist, ist aber eine von den gegebenen Werbebeschränkungen unabhängige und damit hier nicht zu erörternde Frage.

2. *Zeitenbeschränkung des § 11 Abs. 5 JuSchG für die Kinowerbung*

Für die Kinowerbung von alkoholischen Getränken normiert § 11 Abs. 5 JuSchG, dass Werbung im Rahmen von Filmveranstaltungen ebenso wie bei den Tabakwaren nur nach 18 Uhr vorgeführt werden darf.⁸⁰¹ Diesbezüglich kann auf die obigen Darstellungen verwiesen werden.⁸⁰²

3. *Zielgruppenbeschränkung des § 6 Abs. 5 JMStV für Internetwerbung*

Zwar ist das Fernsehen aufgrund seiner medialen Reichweite das Hauptmedium für die Bewerbung alkoholischer Getränke, mittlerweile rückt aber auch das Internet als Werbeträger mit seinen animierten und interaktiven Präsentationsmöglichkeiten verstärkt in den Vordergrund. Dies liegt daran, dass Online-Werbemaßnahmen für Alkoholprodukte lediglich inhaltlich – ebenso wie im Fernsehen und Radio – durch die Altersbeschränkung des § 6 Abs. 5 JMStV sowie durch die freiwilligen Verhaltensregeln des Deutschen Werberates beschränkt werden, ohne dass die medien-spezifischen Ausgestaltungsformen einer speziellen Reglementierung unterliegen.

Wie bei den Tabakprodukten tritt als Folgeproblem des grundsätzlich zulässigen Online-Vertriebs so die Frage auf, ob der Jugendschutz beim Verkauf von Alkoholika die Überprüfung des Alters des Bestellers erfordert. Auch hier ist die Rechtslage nicht eindeutig, denn der Versandhandel von Alkoholika wird in den den Verkauf von alkoholischen Getränken normierenden Regelungen des JuSchG nicht ausdrücklich genannt. § 9 Abs. 1 JuSchG verbietet es lediglich, alkoholische Getränke in Gaststätten, Verkaufsstellen oder sonst in der Öffentlichkeit abzugeben, soweit

⁷⁹⁹ Nikes/Roll/Spürck/Umbach, § 6 JMStV, Rn. 21.

⁸⁰⁰ Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG dürfen Branntwein, branntweinhalige Getränke oder Lebensmittel, die Branntwein in nicht nur geringfügiger Menge enthalten, dagegen an Kinder und Jugendliche bis 18 Jahren (vgl. die Definition in § 1 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG) weder abgeben noch darf ihnen der Verzehr gestattet werden.

⁸⁰¹ Dieses ist auch insofern erforderlich, als dass die Regelungen des RStV nicht für die Bewerbung alkoholischer Getränke im Kino gelten, siehe *Mentjes*, Alkoholwerbung, S. 108.

⁸⁰² Siehe zum Anwendungsbereich dieser Regelung sowie zu der geäußerten Kritik hinsichtlich der Vereinbarkeit mit § 11 Abs. 3 JuSchG die Ausführungen oben, S. 168.

dies an Kinder oder Jugendliche unter 16 Jahren geschieht. Bei bestimmten, höherprozentigen Getränken ist die Abgabe an Jugendliche unter 18 Jahren überhaupt nicht gestattet. Ferner besteht gemäß § 9 Abs. 3 JuSchG ein Verkaufsverbot über Automaten, soweit nicht sichergestellt ist, dass Kinder und Jugendliche zu den im Automaten angebotenen Getränken keinen Zugang haben. Was aber für den Online-Verkauf gilt, wird nicht ausdrücklich reglementiert.

Auch die Literatur hat sich mit dieser Problematik kaum befasst.⁸⁰³ Lediglich *Ernst/Spoenle*⁸⁰⁴ schließen – ähnlich wie das LG Koblenz beim Online-Vertrieb für Tabakwaren⁸⁰⁵ – daraus, dass § 9 JuSchG den eigens in § 1 Abs. 4 JuSchG definierten Versandhandel nicht gesondert benennt, dass diese Norm keine Regelung zum Fernabsatz von Alkoholika treffen wollte: „Wenn der Gesetzgeber es ausdrücklich vermeidet, eigens definierte Begrifflichkeiten zum Verbot einer bestimmten Absatzart zu verwenden, lässt sich hieraus schließen, dass ein solches Verbot nicht existieren soll. [...] Der Fernabsatz von alkoholischen Getränken ist daher auch ohne die von § 1 Abs. 4 JuSchG geforderten technischen Vorkehrungen [...] zulässig.“⁸⁰⁶ Dass eine solche Schlussfolgerung nicht haltbar ist, wurde bereits oben bezüglich des Tabakvertriebes über Online-Shops dargelegt.⁸⁰⁷ Eine derartige Auslegung hätte zur Folge, dass alkoholische Getränke ohne jede Einschränkungen an Kinder und Jugendliche versendet werden könnten, während der Verkauf in der Öffentlichkeit erst ab 16 bzw. 18 Jahren möglich ist. Auch hier ist deswegen aus Gründen des Jugendschutzes der Versandhandel als vom Verbot der Abgabe „sonst in der Öffentlichkeit“ i.S.d. § 9 Abs. 1 JuSchG erfasst anzusehen.

4. Zwischenergebnis

Insgesamt hat sich gezeigt, dass Werbung für alkoholische Getränke in den Medien nicht generell untersagt ist und auch nicht gänzlich auf bestimmte Zielgruppen oder eine Altersgrenze beschränkt wird. In den Medien Hörfunk und Fernsehen wird die Alkoholwerbung durch den RfStV inhaltlich begrenzt. Eine jugendschützende Beschränkung, die zudem auch für das Internet gilt, findet sich im JMStV. Für die Presse gibt es dagegen überhaupt keine Werbebeschränkungen auf gesetzlicher Ebene, die Kinowerbung wird nur zeitlich durch das JuSchG begrenzt.⁸⁰⁸ Für diese

⁸⁰³ Dies auch feststellend *Ernst/Spoenle*, ZLR 2007, S. 114 (121 f.).

⁸⁰⁴ ZLR 2007, S. 114 (122) mit dem zweifelhaften Argument, dass die Erfüllung des Jugendschutzes einer solchen Regelung deshalb nicht bedürfe, weil ein Jugendlicher den Versandweg nicht benötigen würde, da der gesetzwidrige Einkauf von alkoholischen Getränken im Supermarkt um die Ecke, ggf. durch einen berechtigten Dritten, viel näher liege. – Probleme der rechtlichen Durchsetzbarkeit bzw. ggf. vorhandene Umgehungsmöglichkeiten können aber die Erforderlichkeit eines Verbotes nicht per se entfallen lassen.

⁸⁰⁵ Siehe oben, S. 166.

⁸⁰⁶ *Ernst/Spoenle*, ZLR 2007, S. 114 (122).

⁸⁰⁷ Siehe oben, S. 163.

⁸⁰⁸ Zur Beurteilung einer Radiowerbung für Bier anhand allgemeiner UWG-Kriterien (Verunglimpfung/Herabsetzung eines Mitbewerbers, Spitzenstellungsbehauptung) siehe OLG Köln, Urt. v. 05.07.2000 – 6 W 48/00, *Magazindienst* 2000, S. 1124 ff.

Werbeträger bestehen inhaltlich einzig die generell medienübergreifend geltenden inhaltlichen Werbebeschränkungen aus den Verhaltensregeln des Deutschen Werberates. Aufgrund der Schwierigkeiten bei der Auslegung der vielzähligen Vorgaben mangels Veröffentlichung der Spruchpraxis des Werberates⁸⁰⁹ sind diese aber nicht geeignet, die Werbung für ein derart suchtgefährliches Produkt effektiv zu regulieren.⁸¹⁰ Vor allem die fehlenden Sanktionsmöglichkeiten⁸¹¹ lassen die freiwillige Selbstbeschränkung als ein schwaches Kontrollinstrument erscheinen, welches lediglich als Ergänzung zu den vorhandenen gesetzlichen Werbebeschränkungen oder als „nützliche Auslegungshilfe“ für das UWG angesehen wird.⁸¹² Eine justitiable und der Breitenwirkung dieser Medien entsprechend angemessen effektive gesetzliche Regulierung, die im Sinne einer medienübergreifenden Kohärenz jugendschützende Werbebeschränkungen auch in den nicht vom RfStV und JMStV erfassten Werbeträgern normiert, ist daher nicht gegeben.

III. Rechtsprechung des EuGH zu Alkoholwerbeverboten anderer Mitgliedstaaten

Da in Deutschland für alkoholische Getränke nur inhaltliche Werbebeschränkungen, aber keine Werbeverbote bestehen und es dementsprechend keine verfassungsgerichtliche Rechtsprechung gibt, die deren Rechtmäßigkeit überprüfen konnte, soll exkursartig ein Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zu medialen Alkoholwerbeverboten anderer Mitgliedstaaten geworfen werden.

Grundsätzlich ist es – anders als bei der Tabakwerbung – mangels europarechtlicher Harmonisierungsbestrebungen (abgesehen von den bereits dargestellten Vorgaben der Art. 3e Abs. 1 e) und Art. 15 der Richtlinie 89/552/EWG⁸¹³) Aufgabe der Legislative der Mitgliedstaaten, die Werbung für alkoholische Getränke zu reglementieren.⁸¹⁴ Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen ergeben, müssen nach der sog. *Cassis-Formel* dann hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere denen einer

⁸⁰⁹ Siehe hierzu sowie zur streitigen Bindungswirkung der Richtlinien *Mentjes*, Alkoholwerbung, S. 71 ff.

⁸¹⁰ So komme auch die Studie „Die Auswirkungen von Alkoholwerbung“ zu dem Ergebnis, dass es keine wissenschaftlichen Belege für die Wirksamkeit der Selbstregulierung gebe, so die Pressemitteilung des Bundesgesundheitsministeriums vom 01.09.2008 unter <http://www.bmg.bund.de> (Zugriff März 2010).

⁸¹¹ *Mentjes* (Alkoholwerbung, S. 76) weist zudem ergänzend darauf hin, dass Werbung oftmals nur einmal oder über einen kurzen Zeitraum geschaltet und dabei eine Beanstandung durchaus in Kauf genommen werde, da das Marketingziel bereits mit einer nur kurzfristig hohen Aufmerksamkeit bei den Verbrauchern erzielt sei. Ergänzend komme hinzu, dass der Werber nur wenig bekannt sei und deswegen insgesamt jährlich nur um die 300 Beschwerden bekomme.

⁸¹² *Mentjes*, Alkoholwerbung, S. 77 u. 221.

⁸¹³ Siehe auch Fn. 789.

⁸¹⁴ *Strein*, ZLR 2001, S. 412 (413).

wirksamen steuerlichen Kontrolle, der Lauterkeit des Handelsverkehrs, des Verbraucherschutzes und eben des Schutzes der öffentlichen Gesundheit.⁸¹⁵

Dementsprechend hat der EuGH⁸¹⁶ in einem Urteil vom 08. März 2001 für Einschränkungen der Alkoholwerbung in Schweden entschieden, dass Art. 30 EGV a.F. (jetzt Art. 34 AEUV) sowie Art. 56 EGV a.F. (jetzt Art. 52 AEUV) einem Verbot von Werbung für alkoholische Getränke in einer nationalen Regelung nicht entgegenstünden, solange im Rahmen des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs der Schutz der Gesundheit vor schädlichen Auswirkungen des Alkohols nicht durch weniger beeinträchtigende Maßnahmen gewährleistet werden könne.⁸¹⁷ Gegenstand der Entscheidung war ein schwedisches Gesetz mit verschiedenen Bestimmungen über das Inverkehrbringen alkoholischer Getränke, welches aus Gründen des Gesundheitsschutzes u.a. verbietet, für alkoholische Getränke mit Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften sowie mit Werbeeinblendungen im Hörfunk und Fernsehen zu werben.⁸¹⁸ Nach Ansicht des Gerichtshof stelle diese Regelung dadurch, dass sie die Vermarktung von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten stärker als diejenige inländischer Erzeugnisse beeinträchtige,⁸¹⁹ zwar ein Hemmnis für den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten dar, welches in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit des Art. 30 EGV a.F. (jetzt Art. 34 AEUV) falle.⁸²⁰ Da dieses Handelshemmnis aber zum Kampf gegen den Alkoholismus beitragen solle, sei es mit dem Gesundheitsschutz zu rechtfertigen, der zu den in Art. 36 EGV a.F. (jetzt Art. 36 AEUV) anerkannten Gründen des Allgemeininteresses gehöre.⁸²¹ Diesbezüglich wies der EuGH explizit darauf hin, dass es für die Beurteilung der hierbei gleichsam benötigten Verhältnismäßigkeit, insbesondere zu der Frage, ob das angestrebte Ziel des Gesundheitsschutzes durch weniger umfangreiche Verbote oder sonstige den innergemeinschaftlichen Handel weniger beeinträchtige Beschränkungen erreicht werden könne, der Untersuchung der rechtlichen und tatsächlichen Umstände in dem betroffenen Mitgliedstaat bedürfe, die durchzuführen aber die nationalen Gerichte besser in der Lage seien als der EuGH.⁸²² Im vorliegenden Fall

⁸¹⁵ EuGH, Urt. v. 20.02.1979, Rs. C-120/78, Slg. 1979, 00649, 2. Leitsatz – „Cassis de Dijon“. Dies in diesem Zusammenhang auch zitierend *Streinz*, ZLR 2001, S. 412 (413).

⁸¹⁶ Urt. v. 08.03.2001, Rs. C-405/98, Slg. 2001, I-01795.

⁸¹⁷ EuGH, Urt. v. 08.03.2001, Rs. C-405/98, Slg. 2001, I-01795, Rn. 42.

⁸¹⁸ EuGH, Urt. v. 08.03.2001, Rs. C-405/98, Slg. 2001, I-01795, Rn. 3 f.

⁸¹⁹ Siehe hierzu weiterführend EuGH, Urt. v. 08.03.2001, Rs. C-405/98, Slg. 2001, I-01795, Rn. 20 f.

⁸²⁰ EuGH, Urt. v. 08.03.2001, Rs. C-405/98, Slg. 2001, I-01795, Rn. 25. – Siehe i.d.Z. zur Problematik von diskriminierenden Verkaufsmodalitäten i.S.d. der Keck-Rechtsprechung (EuGH, Slg. 1993, I-6097) *Streinz*, JuS 2001, S. 807 ff.; *Meljnik*, JA 2002, S. 203 (204 f.) sowie *Leible*, EuZW 2001, S. 253 f.

⁸²¹ EuGH, Urt. v. 08.03.2001, Rs. C-405/98, Slg. 2001, I-01795, Rn. 25-27 mit Verweis auf die Urteile vom 10.07.1980 in der Rechtssache C-152/78, Kommission/Frankreich, Slg. 1980, I-2299, Rn. 17 und vom 25.07.1991 in den Rechtssachen C-1/90 und C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior und Publivia, Slg. 1991, I-4151, Rn. 15.

⁸²² EuGH, Urt. v. 08.03.2001, Rs. C-405/98, Slg. 2001, I-01795, Rn. 33.

deute zudem nichts darauf hin, dass die von den schwedischen Behörden angeführten Gründe des Gesundheitsschutzes missbraucht und zur Diskriminierung von Waren aus anderen Mitgliedstaaten oder zum mittelbaren Schutz bestimmter nationaler Produktionen verwandt worden wären.⁸²³ Daher stünden die Artikel 30, 36 EGV a.F. einem Verbot von Werbeanzeigen für alkoholische Getränke wie dem in § 2 des schwedischen Gesetzes nicht entgegen. Im Anschluss wurde vom EuGH auch der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit des Art. 59 EGV a.F. als gerechtfertigt angesehen, da der Gesundheitsschutz ebenso als Rechtfertigungsgrund zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs anerkannt sei.⁸²⁴

Zwar hatte sich der EuGH bereits im Rahmen des ersten Tabakwerbeurteils mit der Rechtfertigung von weitgehenden Werbeverboten aus Gesundheitsgründen befasst,⁸²⁵ jedoch musste er sich in diesem Zusammenhang nicht zum Verhältnis von Werbeverbotsbestimmungen zu Art. 30 und 59 EGV a.F. äußern, da es dort vornehmlich um kompetenzrechtliche Problematiken der europäischen Gemeinschaft zum gemeinschaftsweiten Erlass der die Werbeverbote enthaltenden Richtlinie 98/43/EG ging. Dagegen hat der EuGH nun in diesem Urteil, welches zu den *nationalen* Regelungen Schwedens ergangen ist, erstmals klargestellt, dass sowohl die Warenverkehrs- als auch die Dienstleistungsfreiheit medienpezifischen Werbeverboten grundsätzlich nicht entgegenstehen, solange der mit diesen bezweckte Schutz der Gesundheit nicht durch weniger handelsbeschränkende Maßnahmen gewährleistet werden kann.

In zwei weiteren Urteilen vom 13. Juli 2004 hatte sich der EuGH⁸²⁶ anschließend mit dem französischen „Log Ein“⁸²⁷ zu befassen, welches die direkte und indirekte Fernsehwerbung für alkoholische Getränke verbietet.⁸²⁸ Alle andere Erscheinungsformen der Alkoholwerbung in der Presse, zu bestimmten Zeiten im Radio und auf Plakaten sowie sonstigen Werbetafeln bleiben erlaubt.⁸²⁹ Kritisiert wurde wie schon bei der schwedischen Regelung, dass das Fernsehwerbeverbot eine ungerechtfertigte Beschränkungen des freien Verkehrs von Werbedienstleistungen und der Ausstrahlung von Fernsehprogrammen darstelle und somit unvereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit aus Artikel 59 EGV a.F. (jetzt Art. 56 AEUV) sei – dies zumindest, soweit es sich um indirekte Fernsehwerbung durch solche Werbetafeln handele, die während der Übertragung von in anderen Mitgliedstaaten stattfindenden binationalen Sportveranstaltungen zu sehen seien.⁸³⁰

⁸²³ EuGH, Urt. v. 08.03.2001, Rs. C-405/98, Rn. 32 (juris).

⁸²⁴ EuGH, Urt. v. 08.03.2001, Rs. C-405/98, Rn. 40 f. (juris).

⁸²⁵ Siehe oben, S. 147.

⁸²⁶ Rs. C-262/02, Slg. 2004, I-06569; Rs. C-429/02, Slg. 2004, I-06613.

⁸²⁷ Gesetz Nr. 91-32 vom 10.01.1991 über die Bekämpfung des Missbrauchs von Tabak und Alkohol (Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme = „Loi Evin“).

⁸²⁸ EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-262/02, Slg. 2004, I-06569, Rn. 2 f.

⁸²⁹ EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-262/02, Slg. 2004, I-06569, Rn. 4.

⁸³⁰ So das Klägervorbringen in EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-262/02, Slg. 2004, I-06569, Rn. 16.

Der EuGH entschied aber auch diesbezüglich, dass ein Mitgliedstaat, der durch ein Verbot der Fernsehwerbung unter anderem auch die Übertragung von in anderen Mitgliedstaaten stattfindenden Sportveranstaltungen im Inland von der vorherigen Entfernung derartiger Werbung für alkoholische Getränke abhängig mache, nicht gegen die Vorgaben des Art. 59 EGV a.F. verstoße.⁸³¹ Zwar stelle eine solche Fernsehwerbungsregelung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar,⁸³² in Ermangelung gemeinschaftlicher Harmonisierungsmaßnahmen bei der Alkoholwerbung könne dieser aber durch nationale Regelungen beschränkt werden, die aus den in Art. 56 Abs. 1 EGV a.F. genannten Gründen oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt seien.⁸³³ Ein solcher Zweck werde verfolgt, da Maßnahmen, die die Möglichkeiten der Werbung für alkoholische Getränke einschränken und damit zur Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs beitragen sollen, dem Schutz der öffentlichen Gesundheit dienen.⁸³⁴ Dabei sei es Sache der Mitgliedstaaten zu entscheiden, auf welchem Niveau sie den Gesundheitsschutz sicherstellen wollten und wie dieses Niveau erreicht werden solle.⁸³⁵ In diesem Sinne sei das französische Fernsehwerbeverbot auch nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geeignet, die Verwirklichung der angestrebten Ziele zu gewährleisten und gehe nicht über das hinaus, was zu deren Erreichung erforderlich sei. Es begrenze nämlich die Fälle, in denen Werbebotschaften und Werbetafeln für alkoholische Getränke im Fernsehen gezeigt werden können, und sei daher geeignet, die Zahl der Gelegenheiten zu verringern, bei denen die Fernsehzuschauer zum Konsumieren alkoholischer Getränke angeregt werden.⁸³⁶

Neben diesem vom EuGH damit abgelehnten Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit wurde außerdem bemängelt, dass das Werbeverbot des Log Ein mit

⁸³¹ EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-262/02, Slg. 2004, I-06569, Leitsatz, 1. Absatz.

⁸³² Sie beschränke nämlich zum einen den freien Verkehr von Werbungsdienstleistungen, als die Eigentümer von Werbetafeln jede Werbung für alkoholische Getränke dann vorsorglich ablehnen müssten, wenn die Möglichkeit bestünde, dass die Sportveranstaltung in dem betreffenden Mitgliedstaat übertragen werde. Zum anderen unterbinde diese Regelung die Erbringung von Dienstleistungen, die im Verkauf und in der Ausstrahlung von Fernsehprogrammen bestünden. Siehe EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-262/02, Slg. 2004, I-06569, Rn. 26.

⁸³³ EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-262/02, Slg. 2004, I-06569, Rn. 23 mit Verweis auf Urteil vom 06.11.2003 in der Rechtssache C-243/01, *Gambelli*, Slg. 2003, I-0000, Rn. 60.

⁸³⁴ EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-262/02, Slg. 2004, I-06569, Rn. 30 m.w.N.

⁸³⁵ EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-262/02, Slg. 2004, I-06569, Rn. 24 m.w.N.

⁸³⁶ EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-262/02, Slg. 2004, I-06569, Rn. 31. – Zu dem Vorbringen, die betreffende Regelung würde in der Praxis dazu führen, dass ganze Sportereignisse nicht übertragen werden könnten, obwohl es weniger einschneidende Mittel gebe, um den Gesundheitsschutz zu gewährleisten, sei festzustellen, dass es angesichts der derzeit verfügbaren technischen Mittel und derer extrem hohen Kosten keine weniger einschneidenden Maßnahmen gebe, die jene indirekte Fernsehwerbung für alkoholische Getränke ausschließen oder unkenntlich machen könnten, die sich aus den bei der Übertragung von Sportveranstaltungen sichtbaren Werbetafeln ergäbe. Da diese Werbung nämlich nur sporadisch und nur einige Sekunden lang auf dem Bildschirm erscheine, sei es weder möglich, ihren Inhalt zu kontrollieren, noch während ihres Erscheinens Warnhinweise über die mit einem übermäßigen Alkoholkonsum verbundenen Gefahren in das Fernsehbild einzublenden, siehe Rn. 34 d. Urteils.

Art. 2 Abs. 2 Unterabsatz 1 S. 1 der Richtlinie 89/552/EWG a.F. unvereinbar sei, welcher die Mitgliedstaaten grundsätzlich verpflichte, den freien Empfang zu gewährleisten und die Weiterverbreitung von Fernsehsendungen aus anderen Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet nicht aus Gründen zu behindern, die in Bereiche fielen, die mit dieser Richtlinie koordiniert werden solle.⁸³⁷ Diesbezüglich führte der EuGH aus, dass diese Regelung es den Mitgliedstaaten nicht verwehre, die indirekte Fernsehwerbung generell und damit auch für den Fall zu verbieten, dass während der Übertragung von in anderen Mitgliedstaaten stattfindenden Sportveranstaltungen Werbetafeln für alkoholische Getränke auf dem Bildschirm zu sehen sind. Eine Werbung, die lediglich im Hintergrund der übertragenen Bilder in unregelmäßiger und unvorhersehbarer Weise sichtbar sei, sei nämlich im Rahmen der Übertragung nicht individualisierbar und könne somit auch nicht nur in den Pausen der Sportübertragung gezeigt werden. Eine derartige indirekte Werbung sei nicht als „Fernsehwerbung“ im Sinne der Richtlinie 89/552/EWG anzusehen und unterliege dieser somit nicht.⁸³⁸

Die dargestellten Entscheidungen zeigen deutlich, dass der Europäische Gerichtshof bei gezielten medienspezifischen Werberegulierungen aus Gründen des Gesundheitsschutzes Eingriffe in die Grundfreiheiten akzeptiert und den Mitgliedstaaten im Rahmen der gemeinschaftsgrundrechtlichen Rechtfertigungsprüfung einen weiten Beurteilungsspielraum zugesteht,⁸³⁹ nach dem es ausreicht, wenn die gewählte Regelung geeignet ist, den Kontakt zwischen dem Publikum und der Werbebotschaft für das gesundheitsschädliche Produkt zu verringern.⁸⁴⁰ Dieser Spielraum führte in Schweden und Frankreich zu einschneidenden Werbeverböten für alkoholische Getränke und wird für vergleichbare Werbereglementierungen bei anderen gesundheitsschädlichen Produkte ebenso zur Verfügung stehen. Die Urteile zeigen allerdings auch, dass solche Verbote grundsätzlich gerichtliche Verfahren zur Überprüfung ihrer Rechtmäßigkeit herausfordern. Solange für alkoholische Getränke eine der Tabakwerberichtlinie vergleichbare gemeinschaftsrechtliche Regelung fehlt, liegt es deswegen bei den Mitgliedstaaten, die Prozessgefahr bezüglich der Ausgestaltung solcher Verbotsregelungen im einzelnen rechtspolitisch zu bewerten. Weitere Konsequenzen der aufgezeigten EuGH-Rechtsprechung werden später noch im Rahmen der Prüfung der Werbeverbote des Glücksspielstaatsvertrages Beachtung finden.⁸⁴¹

⁸³⁷ EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-429/02, Slg. 2004, I-06613, Rn. 16.

⁸³⁸ EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-429/02, Slg. 2004, I-06613, Rn. 28 f. – Nach einem Verweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts (Rn. 27 des Urteils) seien nur „Fernschbilder, die eigens zu Werbezwecken angefertigt wurden und in dieser Eigenschaft dem Fernsehveranstalter vergütet werden“, von der Richtlinie erfasst.

⁸³⁹ EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-429/02, Slg. 2004, I-06613, Rn. 33 m.w.N.

⁸⁴⁰ EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-429/02, Slg. 2004, I-06613, Rn. 33 u. 38; Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-262/02, Slg. 2004, I-06569, Rn. 31.

⁸⁴¹ Siehe S. 298 ff.

IV. Ergebnis und eigene Stellungnahme

Festzustellen ist im Ergebnis, dass Werbung für alkoholhaltige Produkte – anders als die Bewerbung der Tabakerzeugnisse – keinen gezielten Verbote unterliegt, sondern neben der für beide Produkte gleichermaßen geltenden Zeitenbeschränkung des § 11 Abs. 5 JuSchG im Bereich der Kinowerbung lediglich bei der Rundfunkwerbung durch § 7 Abs. 10 RfStV sowie – dies auch geltend für das Medium Internet – durch § 6 Abs. 5 JMStV eingeschränkt wird, wonach Alkoholwerbung den übermäßigen Genuss alkoholischer Getränke nicht fördern und sich nicht an Kinder und Jugendliche richten darf. Die anderen Medien Presse und Kino unterliegen dagegen keinen gesetzlich normierten inhaltlichen Werbebeschränkungen, sondern lediglich den freiwilligen Verhaltensregeln des Deutschen Werberates. Ein dem Jugend- oder Gesundheitsschutz effektiv dienendes kohärentes gesetzliches Regelungssystem für die Bewerbung von Alkoholprodukten in den Medien kann darin nicht gesehen werden.

Dies ist zu kritisieren. Zwar ist der Konsum von Alkohol in unserer Gesellschaft traditionell anerkannt, was zum einen sicherlich darauf zurückzuführen ist, dass der Alkoholkonsum bei Erwachsenen in geringen Maßen noch nicht gesundheitsschädigend ist und zum anderen daraus folgt, dass es – anders als beim Tabakkonsum – keine Passivschädigungen gibt. Der zunehmende Missbrauch des Alkohols und die daraus folgenden Suchterkrankungen sind aber evident. Warum in Anbetracht dessen die Werbung für Alkoholprodukte im Vergleich zu den Tabakprodukten derart erheblich liberaleren Werberegulungen unterliegt, ist nicht nachvollziehbar und sollte sowohl hinsichtlich des Jugendschutzes als auch aus gesundheitspolitischen Erwägungen durch produktspezifische Regelungen angepasst werden. *Mentjes*⁸⁴² schlägt insofern vor, mit inhaltlichen Beschränkungen die Imagewerbung samt Sportsponsoring, Kultursponsoring von Veranstaltungen die jugendlicher Zielgruppe sowie entsprechende Sponsorhinweise zu untersagen, so dass nur noch die Bewerbung des Produktes an sich im Vordergrund stehen könne. Zwingend erforderlich ist aber aus Gründen der Kohärenz und um die bestehenden Diskrepanzen im Jugendschutz zu beseitigen zumindest, sowohl die Zielgruppenbeschränkung des § 6 Abs. 5 JMStV auf gesetzlicher Ebene auf sämtliche Medien zu erstrecken

⁸⁴² Alkoholwerbung, S. 222 f. – Siehe dort auch die Vorschläge für andere positivrechtliche Regulierungen (generelles Verbot, medien- und produktspezifische Verbote, formale Beschränkungen) sowie deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit auf S. 121-173 mit dem Ergebnis, dass generelle oder auch nur medien- bzw. produktspezifische Verbote unverhältnismäßig in die betroffenen Grundrechte (Art. 5, 12, 14 GG) eingreifen würden, eine zeitliche Beschränkung bis 20.00 Uhr ebenso wie eine Beschränkung auf nicht-imagebezogene Werbung und ein Sponsoringverbot dagegen verfassungsgemäß seien.

als auch ergänzend die Zeitenbeschränkung des § 11 Abs. 5 JuSchG auf die Fernseh- und Radiowerbung zu erweitern, bestenfalls gleich einhergehend mit einer Verlängerung bis 20 oder sogar 22 Uhr.⁸⁴³

Die hierfür notwendigen Schritte liegen mit den Empfehlungen des Drogen- und Suchtrates für ein Nationales Aktionsprogramm zur Alkoholprävention⁸⁴⁴ bereits vor; auch hier ist es – genauso wie bei der Tabakwerbung – Aufgabe des Gesetzgebers, diese entsprechend umzusetzen. Zum Teil war dies sogar angekündigt. Aufgrund der Mahnungen des Drogen- und Suchtrates plante die Bundesregierung 2008 ein Werbeverbot im Fernsehen und im Kino vor 20 Uhr.⁸⁴⁵ Jedoch sollen hiergegen die betroffenen Sender sowie die Wirtschaft derart vorgegangen sein,⁸⁴⁶ dass dieses Vorhaben nicht realisiert wurde.⁸⁴⁷ Unsicher erscheint insofern, ob eine Erweiterung der vorhandenen Werbebeschränkungen überhaupt politisch gewollt ist. Schließlich hätte ein kohärenteres Werbegesamtkonzept schon längst erlassen werden können – entweder im Zuge der Reformierung des JuSchG oder schon bei der Ausgestaltung des JMStV mit der zeitlichen Begrenzung der Werbung in § 11 Abs. 5 JuSchG die Zeitenbegrenzung zugleich auch auf die Bewerbung alkoholischer Getränke insgesamt im Fernsehen, Kino und Radio ausgeweitet werden können. Hier hätte es nur einer Abstimmung im Kompetenzbereich von Bund und

⁸⁴³ Striktere Regelungen fordern auch *Nikles/Roll/Spürck/Umbach*, § 6 JMStV, Rn. 21 mit dem Argument, der JMStV sei insoweit inkonsequent, als er Werbung für Alkohol zulasse, obwohl die regelmäßig schädigende Wirkung derartiger „Alltagsdrogen“ allgemein bekannt sei.

⁸⁴⁴ Siehe Punkt 2.4 (S. 13 f. sowie 22) der „Empfehlungen des Drogen- und Suchtrates an die Drogenbeauftragte der Bundesregierung für ein Nationales Aktionsprogramm zur Alkoholprävention“ vom 09.06.2008, zu finden unter <http://www.bmg.bund.de> (Zugriff März 2010), wonach die Werbung zudem generell mit Hilfe eines Werbekontrollgesetzes einer staatlichen Prüfung unterliegen solle. Zudem wird gefordert, dass die Behältnisse für alkoholische Getränke Warnhinweise enthalten sollen, die deutlich auf die Gefahren des Alkoholkonsums in Zusammenhang mit dem Lenken von Fahrzeugen und während der Schwangerschaft aufmerksam machen.

⁸⁴⁵ Die Drogen- und Suchtbeauftragte der Bundesregierung hatte 2008 versucht, über das Kabinett das Aktionsprogramm zur Alkoholprävention durchzusetzen. Vgl. die Pressemitteilung v. 25.09.2008 unter <http://www.bmg.bund.de> (Zugriff März 2010).

⁸⁴⁶ Vgl. hierzu auch die mit den entsprechenden Nachweisen belegten Standpunkte der deutschen Werbewirtschaft zum Markenwettbewerb der Anbieter alkoholhaltiger Getränke, veröffentlicht im August 2005 unter <http://www.zaw.de> (Zugriff März 2010), in welchen sich der Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft nur für eine strikte Kontrolle der Werbetreibenden einsetzt, neue Regelungen, Werbeverbote oder Verschärfungen des Jugendschutzgesetzes jedoch ablehnt. Aus seiner Sicht trage die Alkohol- und Werbewirtschaft durch die vorhandenen Selbstbeschränkungen und Aufklärungsmaßnahmen ausreichend zu einer verantwortungsvollen Bewerbung ihrer Produkte bei. Siehe auch die Broschüre des Zentralverbandes der deutschen Werbewirtschaft e.V. (ZAW) „Alkohol und Werbung – Fakten als Position der Werbewirtschaft“ (Berlin 2006), die insbesondere hervorheben, dass ein Zusammenhang zwischen Werbung, Konsummenge und Alkoholmissbrauch nicht existiere und dass die Ursachen des problematischen Alkoholkonsums bei Jugendlichen nicht ihre Impulse aus der Werbung hätten. Vielmehr sinke der Gesamtalkoholkonsum in Deutschland – auch und insbesondere bei Jugendlichen – seit Jahren kontinuierlich, so dass es verstärkter Werberestriktionen aus Jugendschutzgründen nicht bedürfe.

⁸⁴⁷ So *Grewenig*, ZUM 2009, S. 706 (706).

Ländern bedurft. Wie bei der Tabakwerbung gilt auch für die Alkoholwerbung insofern, dass die Aufteilung der jugendschützenden Werbebeschränkungen in JuSchG und JMStV zu einer Unübersichtlichkeit der Jugendschutzregeln im Bereich der Werbung insgesamt führt.

Möglich ist dagegen auch, dass die europäische Gemeinschaft vorher für alkoholische Produkte eine ähnliche Werberichtlinie wie für Tabakprodukte erlassen wird. Schließlich kann – wie *Hippe*⁸⁴⁸ richtig proklamiert – eine gemeinschaftsweite Drogenpolitik aus Gesundheitsschutzgründen nicht auf gleichermaßen normierte Werbeverbote für Tabak und Alkohol verzichten. Die entsprechenden Begrenzungen dürften noch weniger europarechtlich verfassungswidrig sein als die bereits vom EuGH geprüften Verbote der Tabakwerbung der Richtlinie 2003/33/EG, weil nunmehr Art. 168 Abs. 5 AEUV das Europäische Parlament und den Rat explizit befugt, Maßnahmen zu erlassen, die unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung vor Alkoholmissbrauch zum Ziel haben. Eine solche Kompetenz war in Art. 152 EG noch nicht enthalten. Ob die Gemeinschaftsgesetzgeber dies zum Anlass nehmen, noch vor Deutschland mediale Einschränkungen für die Alkoholwerbung zu normieren, wird sich in Zukunft zeigen.

D. Werbebeschränkungen für Arzneimittel

Die dritte im Rahmen dieser Arbeit zu untersuchende Produktgruppe ist die der Heil- und Arzneimittel, welche einer Vielzahl von produktspezifischen Werbebeschränkungen ausgesetzt sind. Zu prüfen ist, inwieweit medienspezifische Verbote gegeben sind und ob diese eine kohärente Ausgestaltung gefunden haben.

I. Einleitung

Die Bewerbung dieser Produktgruppe wird – neben den allgemeinen, sich aus dem UWG ergebenden produktunabhängigen Grenzen⁸⁴⁹ – durch das Heilmittelwerbegesetz⁸⁵⁰ (HWG) geregelt.⁸⁵¹ Dieses soll „in erster Linie Gefahren begegnen, die der Gesundheit des einzelnen und den Gesundheitsinteressen der Allgemeinheit durch

⁸⁴⁸ ZRP 1999, S. 132 (134).

⁸⁴⁹ Siehe zum generellen Anwendungsbereich des UWG auf Produkte bereits oben, S. 154.

⁸⁵⁰ Heilmittelwerbegesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.10.1994 (BGBl. I, S. 3068), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes v. 19.10.2012 (BGBl. I, S. 2192) geändert worden ist. – Der Absatz von Arzneimitteln ist dagegen im Arzneimittelgesetz (Arzneimittelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.12.2005 (BGBl. I, S. 3394), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes v. 19.10.2012 (BGBl. I, S. 2192) geändert worden ist (AMG)), geregelt, welches aber keine Werbeverbote enthält.

⁸⁵¹ Gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1 HWG schließen sich die Vorschriften des HWG und des UWG nicht aus. – Siehe zur geschichtlichen Entwicklung des Heilmittelwerberechts ausführlich *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 17 ff. sowie *Wutzö*, Arzneimittelwerbung des Herstellers, S. 30 f.

unsachgemäße Selbstmedikation drohen.⁸⁵² Aus diesen Erwägungen heraus wird der Arzneimittelwerbung über das UWG hinausgehende Schranken auferlegt, mit denen verhindert werden soll, „daß durch eine mit Übertreibungen arbeitende, suggestive oder marktschreierische Werbung kranke und besonders ältere Menschen zu Fehlentscheidungen beim Arzneimittelgebrauch [...] verleitet werden.“⁸⁵³ Grund hierfür ist, dass Heil- und Arzneimittel keine gewöhnlichen Verbrauchsgüter sind, da ihre Einnahme überwiegend mit gesundheitlichen Risiken verbunden ist. Zudem besteht – neben möglichen Nebenwirkungen und Kontraindikationen – eine nicht unerhebliche Sucht- und Missbrauchsgefahr.⁸⁵⁴ Die im HWG enthaltenen Werbebeschränkungen folgen darüber hinaus aus der Annahme, dass die Verbraucher im Regelfall nicht die notwendige medizinische Sachkenntnis haben, um Werbeaussagen über Arzneimittel und Behandlungsmethoden zutreffend beurteilen zu können und diesen im Krankheitsfalle eher unkritisch gegenüberstehen.⁸⁵⁵ Letztlich dient das HWG damit wieder dem Verbraucherschutz, denn dessen Werbebeschränkungen sind gleichsam auch Normen i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG.⁸⁵⁶

Auf europäischer Ebene schränkt die Richtlinie 2001/83/EG⁸⁵⁷ in der durch die Richtlinie 2004/27/EG geänderten Fassung, insbesondere deren Art. 86 ff., die Bewerbung der Heil- und Arzneimittel ein. Mit diesem als „Gemeinschaftskodex“ bezeichneten Regelungswerk wurden zahlreiche Richtlinien und Verwaltungsvorschriften über Arzneimittel, insbesondere die Richtlinien 92/27/EWG über die Etikettierung und die Packungsbeilage von Humanarzneimitteln und die Richtlinie 92/28/EWG über die Werbung für diese Produkte, aus „Gründen der Übersicht und Klarheit“ kodifiziert und zu einem einzigen Text zusammengefasst.⁸⁵⁸ Nach den Erwägungsgründen soll der Gemeinschaftskodex dazu dienen, eine „Angleichung der einschlägigen Rechtsvorschriften“ in den Mitgliedstaaten zu erreichen, soll aber ebenso wie das HWG auch einen „wirksamen Schutz der öffentlichen Gesundheit gewährleisten.“⁸⁵⁹

Strittig war, ob es sich bei den arzneimittelwerberechtlichen Passagen der Richtlinie 2001/83/EG lediglich um einen reinen rechtlichen Mindeststandard handelt,

⁸⁵² BGH, GRUR 2003, S. 255 (256) m.w.N.

⁸⁵³ BGH, GRUR 1981, S. 435 (436); hierauf verweisend BGH, GRUR 2003, S. 255 (256).

⁸⁵⁴ *Gellifßen*, Arzneimittelwerbung im Internet, S. 8.

⁸⁵⁵ MüKo/Köber, Anh. §§ 1-7 E, Rn. 1; Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4, Rn. 11.133; MüKo/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rn. 208; *Doepner*, HWG, Einl, Rn. 39.

⁸⁵⁶ BGH, GRUR 1999, S. 1128 (1129); BGH, GRUR 2001, S. 176 (177); BGH, GRUR 2001, S. 178 (181); MüKo/Köber, Anh. §§ 1-7 E, Rn. 1; *Lehmle*, § 4 Nr. 11, Rn. 60; *Poschenrieder*, Werbebeschränkungen für Arzneimittel, S. 26.

⁸⁵⁷ Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.11.2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, ABl. L 311 v. 28.11.2001, S. 67.

⁸⁵⁸ Erwägungsgrund 1 der RL 2001/83/EG. – Hierauf hinweisend *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 33 sowie ebenso MüKo/Köber, Anh. §§ 1-7 E, Rn. 3.

⁸⁵⁹ Siehe Punkt (5) und (2) der Präambel der RL 2001/83/EG. – Hierauf hinweisend MüKo/Köber, Anh. §§ 1-7 E, Rn. 3 und ausführlich zum Verhältnis zwischen HWG und europäischem Sekundärrecht *Poschenrieder*, Werbebeschränkungen für Arzneimittel, S. 44 ff.

den die Mitgliedstaaten nicht unterschreiten dürfen oder ob durch die Richtlinien-normen eine vollständige Harmonisierung in der Art normiert wurde, dass deren Regelungen einen abschließenden und verbindlichen Höchststandard für die Verbote der Heilmittelwerbung in allen Mitgliedstaaten darstellt.⁸⁶⁰ Zu dieser Frage hat der EuGH⁸⁶¹ jedoch 2007 entschieden, dass die heilmittelwerblichen Verbotstatbestände in Art. 86 ff. ein zwingendes Regelungsprogramm darstellen, da mit der Richtlinie 2001/83/EG eine vollständige Harmonisierung im Bereich der Werbung der Humanarzneimittel erfolgt sei, bei der die Fälle, in denen die Mitgliedstaaten befugt sind, Beschränkungen zu erlassen, die von den dort getroffenen Regelungen abweichen, ausdrücklich aufgeführt seien.⁸⁶² Solange die Richtlinie nicht ausdrücklich die Befugnis hierfür einräumt, dürfen die nationalen Regelungen deswegen die Vorgaben der europäischen Vorschriften nicht unter- bzw. überschreiten und müssen von den Mitgliedstaaten so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie ausgelegt werden, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen.⁸⁶³

In Folge dieses Urteils haben die deutschen Gerichte die Vorschriften des HWG zunächst richtlinienkonform ausgelegt und einschränkend angewendet,⁸⁶⁴ bis der deutsche Gesetzgeber 2012 mit der „16. AMG-Novelle“⁸⁶⁵ die heilmittelwerblichen Vorschriften den europäischen Vorgaben der Richtlinie 2001/83/EG angepasst hat. Insbesondere wurden die bis dato unharmonisierten Publikumsverbotverbot des § 11 Abs. 1 HWG durch sprachliche Veränderungen und ersatzlose Streichungen reformiert, um weitestgehende Rechtskonformität des HWG mit den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen zu erreichen.⁸⁶⁶

II. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes ergibt sich aus § 1 HWG. Dessen Wortlaut mit seinen abschließenden Aufzählungen zeigt, dass in den Geltungsbereich des Gesetzes nur die produktbezogene Werbung fällt, nicht hingegen

⁸⁶⁰ Gegen die Annahme eines Mindeststandards: *Doepner*, HWG, Einl., Rn. 3; *Ullmann*, JZ 1994, S. 928 (931); für die Annahme von Mindeststandards: *Bilow*, PharmR 1994, S. 299 (301). Eingehend zum Streitstand und den Ausnahmeregelungen *Gröning*, HWG, Bd. 2, Einleitung, Rn. 19 ff. m.w.N.

⁸⁶¹ EuGH, Urt. v. 08.11.2007, Rs. C-374/05, Slg. 2007, I-09517.

⁸⁶² EuGH, Urt. v. 08.11.2007, Rs. C-374/05, Slg. 2007, I-09517, Rn. 20, 39.

⁸⁶³ EuGH, Urt. v. 08.11.2007, Rs. C-374/05, Slg. 2007, I-09517, Rn. 38.

⁸⁶⁴ Siehe bspw. OLG Hamburg, Entsch. v. 10.04.2008 – 3 U 182/07, PharmR 2009, S. 40 ff. zu § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 HWG a.F.

⁸⁶⁵ Zweites Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 19.10.2012, BGBl. I, S. 2192.

⁸⁶⁶ Mangels fehlender Entsprechung in der Richtlinie 2001/83/EG gestrichen wurden die Verbotsnormen des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Nr. 4, Nr. 6 und Nr. 10 HWG a.F. An die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben angepasst wurden die §§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Nr. 3, Nr. 5, Nr. 7, Nr. 11, Nr. 13, Nr. 14 HWG. Siehe insgesamt die amtliche Begründung in BT-Drucks. 17/9341 v. 26.04.2012, S. 70 f.

die allgemeine und nur mittelbare absatzfördernde Unternehmens- und Imagewerbung, „die ohne Bezugnahme auf bestimmte Verfahren und Behandlungen für Ansehen und Leistungsfähigkeit des Unternehmens allgemein wirbt.“⁸⁶⁷ Die für die Anwendbarkeit des Heilmittelwerbegesetzes entscheidende Abgrenzung zwischen Absatz- oder Firmenwerbung erfolgt nach Sicht des BGH dabei maßgeblich dadurch, „ob nach dem Gesamterscheinungsbild der Werbung die Darstellung des Unternehmens oder aber die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Verfahren und Behandlungen im Vordergrund steht.“⁸⁶⁸ Als Differenzierungskriterien werden hierfür u.a. die Aufmachung der Werbung, der Kontext, in dem eine Werbemaßnahme erfolgt sowie die jeweiligen inhaltlichen Aussagen angeführt.⁸⁶⁹ Normadressat der Vorschriften des HWG ist somit in erster Linie immer der für seine Produkte werbende Unternehmer, dessen sonstige persönlichen Eigenschaften anders als beim Berufsrecht der Heilberufe keine weitere Rolle spielen.⁸⁷⁰ Werben also Ärzte oder Kliniken für von ihnen hergestellte oder vertriebene Heilmittel, unterfallen sie ebenso wie pharmazeutische Unternehmer den Begrenzungen des HWG.⁸⁷¹

Der Begriff der „Werbung“ selbst wird im HWG nicht bestimmt, da der Gesetzgeber ausweislich der amtlichen Begründung davon ausging, dass dieser auch in anderen Rechtsgebieten gebraucht werde, ohne dass sich die Notwendigkeit einer gesetzlichen Definition ergeben habe.⁸⁷² Mangels gesetzgeberischer Konkretisierung traten so im Heilmittelwerberecht zunächst erhebliche Auslegungsprobleme auf, weswegen angenommen wurde, dass sich der undefinierte Werbegriff zu „einem der problematischsten Tatbestandsmerkmale des Gesetzes entwickelt“ habe.⁸⁷³ Aufgrund der vom EuGH verlangten richtlinienkonformen Anwendung des HWG ist aber nunmehr auf die in Art. 86 der Richtlinie 2001/83/EG enthaltene Definition zurückzugreifen, in der es heißt: „Im Sinne dieses Titels gelten als „Werbung für Arzneimittel“ alle Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und

⁸⁶⁷ BGH, GRUR 2003, S. 353 (394) mit Verweis auf BGH, GRUR 1992, S. 873; GRUR 1995, S. 223 sowie *Doepner*, HWG, § 1, Rn. 18. – Siehe weiterführend zur Abgrenzung produktspezifischer Absatzwerbung von allgemeiner Unternehmenswerbung *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 74.

⁸⁶⁸ BGH, GRUR 2003, S. 353 (394).

⁸⁶⁹ *MüKo/Köber*, UWG Anh. §§ 1-7 E, Rn. 6; siehe auch *Ohly*, in *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 4.11, Rn. 11/69; beide m.w.N. d. Rspr.; *Lehmle*, § 4 Nr. 11, Rn. 61; *Engler*, Werben und Zuwenden im Gesundheitswesen, S. 12, Rn. 13 m.w.N.

⁸⁷⁰ *Engler*, Werben und Zuwenden im Gesundheitswesen, S. 13, Rn. 14.

⁸⁷¹ *Kretschmer*, Ärztliche Werbung, S. 30 f.; *Doepner*, HWG, § 1, Rn. 108; *Lehmle*, § 4 Nr. 11, Rn. 60; *Ohly*, in *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 4.11, Rn. 11/227; *Köhler/Bornkamm/Köhler*, § 4, Rn. 11.134.

⁸⁷² Siehe die amtliche Begründung, BT-Drs. IV/1867, S. 5. Hierauf hinweisend *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 25 u. 70.

⁸⁷³ *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 71; *Doepner*, HWG, § 1, Rn. 10.

zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern“.⁸⁷⁴ Der Werbegriff im Heilmittelwerberecht erfasst somit nicht nur Werbung, die ein Produkt oder Behandlung besonders reklamehaft hervorhebt, sondern auch objektiv nüchterne Sachangaben.⁸⁷⁵

III. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Die Einschränkungen, denen die Werbung für Heil- und Arzneimittel nach dem Heilmittelwerbegesetz unterliegt, werden seitens des Bundesverfassungsgerichts⁸⁷⁶ als auch der Literatur⁸⁷⁷ grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht beanstandet. Die eingangs dargestellten gesetzlichen Ziele des Gesundheitsschutzes und des Schutzes gegen wirtschaftliche Übervorteilung besonders schutzbedürftiger Personen werden als hinreichende Gründe des Allgemeinwohls angesehen, die die durch die Normen des HWG erfolgenden Einschränkungen der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG und der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG der Werbenden rechtfertigen. Die Werbeverbote und -beschränkungen des HWG werden auch als zumutbar anerkannt, weil von den Normadressaten keine generelle Aufgabe ihres Werbeauftritts verlangt werde, sondern ihnen weiterhin umfangreich alternative Möglichkeiten offen stünden, für ihre Produkte in sachlicher und inhaltlich uneingeschränkter Weise zu werben.⁸⁷⁸ Es bleibe ihnen „unbenommen, bis an die Grenze irreführender Werbung ihre Behandlungsansätze und -methoden darzustellen“.⁸⁷⁹ Dabei wird das höherrangige Rechtsgut der öffentlichen Gesundheit, zu dessen Gunsten gerade die Berufsfreiheit eingeschränkt wird, als ein Gemeinschaftsgut von so hohem Rang angesehen, dass selbst empfindliche Eingriffe in die Berufsausübung gerechtfertigt werden könnten.⁸⁸⁰

In einem Punkt ist das HWG aber dennoch regelmäßig verfassungskonform auszulegen. Nach neuerer Rechtsprechung des BGH muss für die Verhältnismäßigkeit der aus den Werbebeschränkungen folgenden Grundrechtseingriffen immer

⁸⁷⁴ Siehe *Poschenrieder*, Werbebeschränkungen für Arzneimittel, S. 27 ff.; *Wutzö*, Arzneimittelwerbung des Herstellers, S. 40 ff.; zum Inhalt des Werbegriffes auch *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 70 ff. sowie zur Abgrenzung zur bloßen Sachinformation S. 75 ff.

⁸⁷⁵ *Riegger*, Heilmittelwerberecht, 1. Kapitel, Rn. 31.

⁸⁷⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.07.2007, GRUR 2007, S. 1083; Beschl. v. 20.03.2007, GRUR 2007, S. 720 (721) m.w.N.; sowie zu § 10 Abs. 1 HWG Beschluss v. 30.04.2004, NJW 2004, S. 2660; zu § 11 HWG Beschl. v. 09.11.1992 – 1 BvR 175/88 (juris).

⁸⁷⁷ *MüKo/Köber*, UWG Anh. §§ 1-7 E, Rn. 1; *Doepner*, HWG, Einl. Rn. 21; *Köhler/Bornkamm/Köhler*, § 4, Rn. 11.133 f.

⁸⁷⁸ BVerfG, GRUR 2007, S. 720 (721).

⁸⁷⁹ BVerfG, GRUR 2007, S. 720 (721) m.w.N.

⁸⁸⁰ BVerfG, NJW 2003, S. 1027.

eine konkrete, zumindest mittelbare Gesundheitsgefährdung vorliegen.⁸⁸¹ Eine solche wird angenommen, wenn eine Werbung die nicht nur als geringfügig einzustufende Gefahr begründet, dass ihre Adressaten glauben, sie könnten ein bei ihnen vorliegendes Leiden durch die Einnahme des beworbenen Präparats heilen, und sie daher von einem Arztbesuch absehen, den sie ohne die Werbung gemacht hätten und der zum noch rechtzeitigen Erkennen anderer, ernster Leiden geführt hätte.⁸⁸² Dieses vom BGH aufgestellte Erfordernis hat zur Folge, dass die Tatbestände des HWG – insbesondere die Publikums Werbeverbote des § 11 HWG – nicht mehr als rein abstrakte Gefährdungstatbestände aufgefasst werden können, sondern eines konkreten Nachweises einer durch die Werbung hervorgerufenen Gesundheitsgefährdung im Einzelfall bedürfen.⁸⁸³

Insgesamt ist aber die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit des HWG heute im Wesentlichen unstrittig. Für die Erörterung dieser größtenteils früher diskutierten Frage sei insofern auf die einschlägige Kommentarliteratur sowie auf die dortigen verfassungsrechtlichen Ausführungen verwiesen.⁸⁸⁴

IV. Regelungsgehalt des HWG

Um das bereits aufgezeigte Ziel des Schutzes der Verbraucher vor den Gefahren einer unkontrollierten und unsachgemäßen Arzneimittelanwendung zu erreichen, enthält das HWG unterschiedliche Werbebeschränkungen und -verbote. Dabei lässt das Gesetz in seiner formellen und inhaltlichen Normgestaltung keine Systematik erkennen.⁸⁸⁵ Inhaltlich bietet sich lediglich eine Trennung an in Verbote, mit denen Werbung für bestimmte Produkte und Arzneimittelarten untersagt bzw. begrenzt wird, und allgemeine Beschränkungen, die sich auf die Art der Heilmittelwerbung beziehen.

1. Werbeverbote für bestimmte Produkte und Arzneimittelarten

Gänzlich unzulässig ist nach § 3a HWG einzig die Werbung für nicht zugelassene Arzneimittel sowie gem. S. 2 die Werbung mit nicht von einer Zulassung erfassten Anwendungsgebieten oder Darreichungsformen.⁸⁸⁶ § 4a Abs. 1 HWG verbietet ferner, in der Packungsbeilage für andere Arzneimittel zu werben. Nach § 4a Abs. 2 HWG ist es zudem unzulässig, außerhalb der Fachkreise für die im Rahmen der

⁸⁸¹ BGH, GRUR 2004, S. 799 (800), anknüpfend an BVerfG, NJW 2000, S. 2736. Einschränkend zu § 5 HWG jedoch BGH, Urt. v. 28.09.2011 – I ZR 96/10, GRUR 2012, S. 647 ff.

⁸⁸² BGH, GRUR 2004, S. 799 (2. Leitsatz sowie S. 800).

⁸⁸³ *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 111 u. 132.

⁸⁸⁴ Siehe *Doepner*, HWG, Einl., Rn. 21 a.E.; *Poschenrieder*, Werbebeschränkungen für Arzneimittel, S. 280 f.; *Sieben*, MedR 2005, S. 637 ff.; *Wiemers*, WRP 2007, S. 145 ff.; *Bülow*, GRUR 2005, S. 482 ff.

⁸⁸⁵ *Poschenrieder*, Werbebeschränkungen für Arzneimittel, S. 78 f.

⁸⁸⁶ Ob ein Arzneimittel zugelassen ist, richtet sich nach den § 21 ff. des AMG.

vertragsärztlichen Versorgung bestehende Verordnungsfähigkeit eines Arzneimittels zu werben.

Hinsichtlich der zulässigen Werbung für bestimmte Arzneimittelarten trennt das HWG grundsätzlich zwischen der sog. „Publikumswerbung“ und der reinen Fachkreiswerbung. Im Rahmen der an die Verbraucher gerichteten Publikumswerbung darf im Umkehrschluss aus § 10 Abs. 1 HWG nur für verschreibungsfreie Arzneimittel geworben werden.⁸⁸⁷ Für Medikamente gegen schwere Krankheiten und Leiden aus Abschnitt A der Anlage zum HWG darf in der Öffentlichkeit ebenfalls geworben werden, allerdings gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 HWG nur in allgemeiner Art, also nicht bezüglich der Erkennung, Verhütung, Beseitigung oder Linderung dieser Krankheiten.⁸⁸⁸ Auch homöopathische Arzneimittel dürfen beim allgemeinen Publikum beworben werden, solange dies nicht i.S.d. § 5 HWG durch Angabe von Anwendungsgebieten geschieht.

Bei den Fachkreisen darf dagegen in weitergehender Form Werbung betrieben werden, nämlich grundsätzlich für alle zugelassenen Arzneimittel, also auch für verschreibungspflichtige Arzneimittel i.S.d. § 48 AMG, vgl. § 10 Abs. 1 HWG. Fachkreise werden hierfür in § 2 HWG definiert als „Angehörige der Heilberufe oder des Heilgewerbes, Einrichtungen, die der Gesundheit von Mensch oder Tier dienen, oder sonstige Personen, soweit sie mit Arzneimitteln, Medizinprodukten, Verfahren, Behandlungen, Gegenständen oder anderen Mitteln erlaubterweise Handel treiben oder sie in Ausübung ihres Berufes anwenden.“⁸⁸⁹ Die Unterscheidung zwischen an Verbraucher oder an Fachkreise i.S.d. § 2 HWG gerichteter Werbung ist vor allem wegen der besonderen Begrenzungen der §§ 11, 12 HWG für die Publikumswerbung relevant und wird mit der unterschiedlichen Sachkunde der Beworbenen begründet: Im Gegensatz zu den medizinisch oder pharmazeutisch Ausgebildeten, die den Wahrheitsgehalt und den Nutzen der Werbeangaben abzuschätzen wissen, können zu umfangreiche Informationen gegenüber den diesbezüglich ungebildeten Verbrauchern leichter zu einer unsachlichen Einflussnahme oder gar Irreführung führen.⁸⁹⁰

2. Werbebeschränkungen für bestimmte Werbearten

Dem bisherigen Aufbau der Arbeit entsprechend soll an dieser Stelle nur ein Überblick über die Regelungen des HWG gegeben werden, die Heilmittelwerbung medienunabhängig einschränken. Auf eine genaue und ausführliche Darstellung aller

⁸⁸⁷ *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 31 f.

⁸⁸⁸ Eine Ausnahme gilt nach § 12 Abs. 2 S. 2 HWG nur bei Werbung für Verfahren oder Behandlungen in Heilbädern, Kurorten und Kuranstalten.

⁸⁸⁹ Wobei die Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel nicht nur gegenüber dem Laienpublikum, sondern auch gegenüber den in § 10 Abs. 1 HWG nicht genannten Teilen der Fachkreise des § 2 HWG verboten ist (sog. eingeschränkter Fachkreis-Bereich), siehe *Bülow/Ring*, HWG, § 10, Rn. 2.

⁸⁹⁰ *MüKo/Köber*, UWG Anh. §§ 1-7 E, Rn. 11.

Normen im Einzelnen wird verzichtet. Dies ist Aufgabe der Kommentarliteratur zum HWG.⁸⁹¹

Als erstes enthält § 3 HWG ein Werbeverbot für irreführende Werbung.⁸⁹² Irreführung i.d.S. liegt gem. § 3 S. 2 Nr. 1 HWG insbesondere dann vor, wenn Arzneimitteln, Medizinprodukten, Verfahren, Behandlungen, Gegenständen oder anderen Mitteln eine therapeutische Wirksamkeit oder Wirkungen beigelegt werden, die sie nicht haben, wenn die in § 3 S. 2 Nr. 2 HWG aufgeführten Eindrücke fälschlich erweckt werden oder gem. § 3 S. 2 Nr. 3 HWG, wenn unwahre oder zur Täuschung geeignete Angaben über die Zusammensetzung oder Beschaffenheit des beworbenen Produkts oder über die Person, Vorbildung, Befähigung oder Erfolge des Herstellers, Erfinders oder der für sie tätigen Personen gemacht werden.⁸⁹³ Desweiteren sieht § 4 HWG diverse Pflichtangaben vor, die jede Werbung für Arzneimittel enthalten muss. Die in § 4 Abs. 1 HWG aufgelisteten Angaben müssen nach § 4 Abs. 2 HWG mit denjenigen in der Packungsbeilage⁸⁹⁴ übereinstimmen und nach § 4 Abs. 4 HWG von den übrigen Werbeaussagen deutlich abgesetzt, abgegrenzt und gut lesbar sein.⁸⁹⁵

Weitere bedeutsame Werbebeschränkungen finden sich in §§ 6 bis 9 HWG. Nach § 6 HWG ist die sog. Gutachtenwerbung unzulässig. § 7 HWG verbietet weiter die sog. Werteklamme, also Zuwendungen und sonstige Werbegaben in Form von Waren oder Leistungen anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen, es sei denn, es handelt sich um einen der in § 7 Abs. 1 2. Hs. HWG aufgeführten Ausnahmen. Durch § 8 HWG wird Werbung unzulässig, die auffordert, Arzneimittel im Wege des Teleshoppings oder im Wege der sog. Einzeleinfuhr zu beziehen. § 9 HWG untersagt die Werbung für Fernbehandlungen.

§ 11 HWG ist die Zentralnorm des HWG mit dem Ziel der „Unterbindung bestimmter unsachlicher, nicht auf Information allein beschränkter Werbeaussagen gegenüber dem Laienpublikum, von denen die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung oder Irreführung des Verkehrs ausgehen kann.“⁸⁹⁶ Abs. 1 enthält so einen Katalog von Verboten für die Publikums- und Laienwerbung, die die Unterbindung von Werbemaßnahmen erreichen sollen, die im Sinne des Schutzzwecks zum Fehlgebrauch oder Missbrauch dieser Mittel und Methoden führen können.⁸⁹⁷ Nach

⁸⁹¹ Siehe ausführlich zu den einzelnen Normen auch *Poschenrieder*, Werbebeschränkungen für Arzneimittel, S. 78-188; MüKo/Köber, Anh. §§ 1-7 E, Rn. 1 ff.; *Bülow/Ring*, Kommentar zum HWG, 2012; *Gröning*, Kommentar zum HWG, Stand Juli 2011.

⁸⁹² Zur Definition der Irreführung wird dabei eine parallele Auslegung zu § 5 UWG vorgenommen, siehe *Poschenrieder*, Werbebeschränkungen für Arzneimittel, S. 111.

⁸⁹³ Vgl. hierzu sowie zum nachfolgenden die Darstellung bei *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 25 ff.

⁸⁹⁴ Vgl. §§ 11, 12 AMG.

⁸⁹⁵ Zu der Ausnahmeregelung des § 4 Abs. 3, 5 HWG siehe unten, S. 203.

⁸⁹⁶ BGH, Urt. v. 16.05.1991 – I ZR 207/89, GRUR 1991, S. 701 (702) m.w.N.

⁸⁹⁷ Gem. § 11 Abs. 1 S. 2 HWG gilt für Medizinprodukte § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 bis 9, 11 und 12 HWG entsprechend.

Abs. 2 HWG darf ferner außerhalb der Fachkreise nicht vergleichend „für Arzneimittel zur Anwendung bei Menschen [...] mit Angaben geworben werden, die nahe legen, dass die Wirkung des Arzneimittels einem anderen Arzneimittel oder einer anderen Behandlung entspricht oder überlegen ist.“

Durch § 13 HWG wird Werbung eines Unternehmens mit Sitz außerhalb des Geltungsbereiches des HWG verboten, wenn keine juristische oder natürliche Person für die Ahndung sich im Inland auswirkender HWG-Verstöße zur Verantwortung gezogen werden kann. Abschließend bedroht § 14 HWG das Zuwiderhandeln gegen das Verbot der irreführenden Werbung in § 3 HWG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe. § 15 HWG klassifiziert weitere Verstöße gegen HWG-Normen als Ordnungswidrigkeiten, eine Ermächtigung zur Einziehung von unerlaubtem Werbematerial oder sonstigen Gegenständen findet sich letztlich in § 16 HWG.⁸⁹⁸

3. Zwischenergebnis

Diese überblicksartige Darstellung des Regelungsgehaltes des HWG zeigt, dass die Werbung für Arzneimittel medienübergreifend sowohl durch generelle Verbote als auch durch eine Vielzahl von positiv normierten Werbebeschränkungen eingeschränkt wird.

V. Medienspezifische Werbebeschränkungen im HWG

Anders als für Tabakprodukte und alkoholische Getränke darf für Heil- und Arzneimittel mangels spezifischer Werbeverbote in allen Medien geworben werden, es sei denn, diese Werbung verstößt inhaltlich gegen die aufgezeigten Beschränkungen für bestimmte Arzneimittel- und Werbearten oder andere gesetzliche Vorschriften außerhalb des HWG.⁸⁹⁹ Erlaubt sind somit alle absatzfördernden Werbemaßnahmen in den Medien und auf sonstigen Werbeträgern, die in der Öffentlichkeit allgemein zugänglich sind. Hierunter fallen neben Printanzeigen in Zeitschriften und Zeitungen Hörfunk- und Fernsehwerbespots, die Einrichtung von Internetseiten, Plakat- und Verkehrsmittelwerbung und die unbeschränkte Vielzahl sonstiger gewerblicher Werbemittel.⁹⁰⁰

1. Beschränkungen der Heilmittelwerbung in den Printmedien

Mangels medienspezifischer Werbeverbote sind bei der Heil- und Arzneimittelwerbung in den Printmedien neben den inhaltlichen Vorgaben des HWG – hier kommt natürlich vornehmlich das Publikumsverbot für verschreibungspflichtige

⁸⁹⁸ Siehe insgesamt die Darstellung bei *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 28.

⁸⁹⁹ Auch die Richtlinie 2001/83/EG unterscheidet nicht zwischen den einzelnen Medien.

⁹⁰⁰ *Gavrich/Parteina/Ziller*, Heilmittel und Werberecht, S. 11 m.w.N..

Arzneimittel aus § 10 Abs. 1 HWG zum Tragen – lediglich die dargestellten medienübergreifend geltenden generellen Beschränkungen zu beachten, insbesondere die Vorgaben der §§ 3, 11 Abs. 1 HWG. Hervorzuheben sind zudem die in § 4 Abs. 1 HWG für die Fachkreiswerbung normierten Pflichtangaben sowie der in § 4 Abs. 3 HWG für die Publikumswerbung vorgegebene Hinweistext, welche beide gerade in den Printmedien nach § 4 Abs. 3 bzw. Abs. 4 HWG von den übrigen Werbeaussagen deutlich abgesetzt, abgegrenzt und gut lesbar sein müssen.⁹⁰¹ Weitere, gezielt auf die Printmedien abzielende Regelungsinhalte sind im HWG darüber hinaus nicht ersichtlich.

2. Beschränkungen der Heilmittelwerbung in audiovisuellen Medien

Auch die Werbung in den audiovisuellen Medien wird nicht medienpezifisch durch das HWG beschränkt. Wie bei der Printwerbung reglementieren die inhaltlichen Vorgaben dieses Gesetzes die Fernseh-, Radio- und Kinowerbung medienunabhängig; lediglich Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel ist auch in diesen Medien wegen § 10 Abs. 1 HWG nicht zu finden.⁹⁰²

Eine Sonderregelung⁹⁰³ enthält aber § 4 Abs. 5 HWG, nach dem bei der Werbung in audiovisuellen Medien der Aufklärungshinweis des § 4 Abs. 3 S. 1 HWG einzublenden und wiederzugeben ist: „Zu Risiken und Nebenwirkungen fragen sie ihren Arzt oder Apotheker“.⁹⁰⁴ Diese Privilegierung betrifft die Publikums- und Laienwerbung sowie wegen der Freistellung aus § 11 Abs. 5 S. 2 HWG auch die Fachkreiswerbung⁹⁰⁵ im Fernsehen, Kino und Hörfunk und soll gewährleisten, dass Heilmittelwerbung auch in diesen Medien möglich ist, da aus Zeit- und Kostengründen dort regelmäßig nur sehr kurze Werbeeinspielungen erfolgen.⁹⁰⁶ Bei einer

⁹⁰¹ Dabei ist es nach der Rechtsprechung nicht ausreichend, wenn die Pflichtangaben für eine Reihe von Präparaten, die in mehreren Werbeanzeigen im Rahmen einer insgesamt 166 Seiten umfassenden Broschüre beworben werden, lediglich am Ende dieser Broschüre in alphabetischer Reihenfolge aufgeführt sind, so OLG Frankfurt a.M., WRP 2001, S. 1111; ähnlich auch OLG Schleswig, Urt. v. 18.06.2008 – 6 U 16/08, Magazindienst 2008, S. 816; a.A. wohl *Doepner*, HWG, § 4, Rn. 61 a.E., Rn. 95 ff.

⁹⁰² Das Fernsehwerbeverbot des Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 89/552/EWG (jetzt Art. 3e Abs. 1 f)) in der durch die Richtlinie 2007/65/EG reformierten Fassung) für verschreibungspflichtige Medikamente wurde durch das Komplettverbot in § 10 Abs. 1 HWG umgesetzt.

⁹⁰³ Siehe hierzu erläuternd *Riegger*, Heilmittelwerberecht, 4. Kapitel, Rn. 1, 2 und 11.

⁹⁰⁴ Nicht erforderlich ist dieser Hinweis gem. § 4 Abs. 3 S. 4 HWG bei Werbung für Arzneimittel, die für den Verkehr außerhalb der Apotheken freigegeben sind, es sei denn, daß in der Packungsbeilage oder auf dem Behältnis Nebenwirkungen oder sonstige Risiken angegeben sind, vgl. § 4 Abs. 5 2. Hs. HWG.

⁹⁰⁵ Da gleichfalls § 4 Abs. 5 S. 1 HWG nur auf den Pflichttext nach § 4 Abs. 3 HWG, nicht aber auch auf die Pflichtangaben nach Abs. 1 Bezug nimmt, ist dies jedoch strittig und gerichtlich noch nicht entschieden, siehe *Dierks/Backmann*, PharmR 2011, S. 257 (259). Das OLG Hamburg (GRUR-RR 2003, S. 121) hat lediglich Zweifel an der Anwendbarkeit des § 4 Abs. 5 HWG in der Fachkreis-Werbung geäußert; kritisch ebenfalls *Riegger*, Heilmittelwerberecht, 4. Kapitel, Rn. 33 a.E. sowie *Bilow/Ring*, HWG, § 4, Rn. 143.

⁹⁰⁶ *Gellißen*, Arzneimittelwerbung im Internet, S. 188.

derartigen werblichen Darstellung sämtliche Angaben des § 4 Abs. 1 HWG zu fordern, würde einem faktischen Komplettwerbeverbot gleichkommen.⁹⁰⁷ Deshalb soll der Werbende in audiovisuellen Medien auf die Mitteilung des Pflichtangabenkatalogs des § 4 Abs. 1 HWG verzichten und lediglich den Hinweis i.S.d. § 4 Abs. 3 S. 1 HWG verwenden können.⁹⁰⁸

Dieser Pflichttext ist im Fernsehen gemäß § 4 Abs. 5 S. 1 HWG nach der eigentlichen Werbung vor neutralem Hintergrund gut lesbar darzustellen und gleichzeitig zu sprechen. Nach ihm dürfen keine Werbeaussagen des Herstellers mehr gemacht werden und er muss so lange gezeigt werden, dass von ihm Kenntnis genommen werden konnte.⁹⁰⁹ Im Hörfunk muss der Text gesprochen werden, wobei auch hier eine Zäsur mittels Pause oder Verwendung einer anderen Sprecherstimme gegenüber den vorherigen Werbeaussagen gefordert wird.⁹¹⁰ Da die Kinowerbung nicht ausdrücklich von § 4 Abs. 5 S. 1 HWG erfasst wird, folgt hier aus dem Tatbestandsmerkmal „einblenden“, dass der Hinweis lesbar sein, nicht aber zwingend auch gesprochen werden muss.⁹¹¹

Obergerichtlich bestätigt wurde hierzu, dass der Pflichthinweis nach § 4 Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 HWG weder dem vorrangig anzuwendenden Gemeinschaftsrecht widerspricht noch einen ungerechtfertigten Eingriff in die Grundrechte des Werbenden darstellt. In einem Verfahren des BGH⁹¹² hatte ein Reformhausbetreiber ein Präparat ohne die erforderlichen Pflichtangaben beworben und sich darauf berufen, die Verpflichtung, in der Werbung den gesetzlichen Pflichthinweis aufzunehmen, verletze ihn in seinen Grundrechten und gehe unzulässigerweise über die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen hinaus. Nach Ansicht des BGH aber führe die Richtlinie 2001/83/EG nicht abschließend auf, welche Angaben die Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel enthalten müsse und lasse den Mitgliedstaaten insoweit einen gesetzlich ausfüllbaren Spielraum, weswegen die Rechtmäßigkeit der Hinweispflicht nur an der Warenverkehrsfreiheit aus Art. 28 EGV (jetzt Art. 34 AEUV) zu messen sei. Insofern stelle sie aber als allein auf den Vertrieb eines Produktes bezogene Regelung eine reine Verkaufsmodalität dar, die Produkte anderer Mitgliedstaaten in gemeinschaftsrechtskonformer Weise rechtlich und tatsächlich

⁹⁰⁷ So *Gellifßen*, Arzneimittelwerbung im Internet, S. 188 mit Verweis in Fn. 681 auf die aml. Begr., BT-Drs. 7/3060, S. 67: „Keinesfalls soll sich die Vorschrift für einzelne Werbemedien faktisch als ein Werbeverbot auswirken.“

⁹⁰⁸ *Riegger*, Heilmittelwerberecht, 4. Kapitel, Rn. 32.

⁹⁰⁹ *Riegger*, Heilmittelwerberecht, 4. Kapitel, Rn. 36; vgl. auch *Gröning*, HWG, § 4, Rn. 99.

⁹¹⁰ *Riegger*, Heilmittelwerberecht, 4. Kapitel, Rn. 36; *Bülow/Ring*, HWG, § 4, Rn. 137. – Videotext fällt dabei nicht unter die audiovisuellen Medien im Sinne von § 4 Abs. 5 HWG, vielmehr muss dieser ebenso wie die Printmedien aufgrund seiner reinen Textdarstellung alle Pflichtangaben enthalten, siehe *Gröning*, HWG, § 4, Rn. 102 und *Poschenrieder*, Werbebeschränkungen für Arzneimittel, S. 182.

⁹¹¹ *Bülow/Ring*, HWG, § 4, Rn. 138.

⁹¹² Entsch. v. 09.10.2008 – I ZR 100/04, GRUR 2009, S. 509 ff.

nicht anders behandle als inländische Produkte.⁹¹³ Ferner unterliege auch die Verfassungsmäßigkeit des § 4 HWG im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1, 5 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG durch die mit der 8. AMG-Novelle⁹¹⁴ erfolgten erheblichen Abschwächung der Angabenpflicht im Bereich der Publikumswerbung keinen grundsätzlichen Bedenken mehr.⁹¹⁵

Somit hat die Publikumswerbung in audiovisuellen Medien in verfassungs- und gemeinschaftsrechtlich unbedenklicher Weise den Pflichthinweis des § 4 Abs. 5 HWG zu enthalten. Nur bei der Erinnerungswerbung, nämlich wenn ausschließlich mit der Bezeichnung eines Arzneimittels bzw. seines Wirkstoffes oder zusätzlich mit Namen oder Warenzeichen des pharmazeutischen Unternehmens geworben wird, bedarf es gemäß § 4 Abs. 6 HWG überhaupt keiner Pflichtangaben.⁹¹⁶

3. Beschränkungen der Heilmittelwerbung im Internet

Für das Internet enthält das HWG ebenfalls keine medienpezifischen Vorgaben oder gar Verbote, so dass Heil- und Arzneimittelwerbung im Rahmen der vom HWG allgemein vorgegebenen Grenzen grundsätzlich auch dort uneingeschränkt stattfindet.⁹¹⁷

a) Werbung im Internet als Werbung in audiovisuellen Medien i.S.d. § 4 Abs. 5 HWG

Fraglich ist allerdings, ob das Internet ebenfalls ein audiovisuelles Medium im Sinne der oben dargestellten Privilegierung des § 4 Abs. 5 HWG ist.⁹¹⁸ In diesem Fall würde auch bei Onlinewerbung für Arzneimittel der dortige Warnhinweis genügen, darüber hinausgehende Pflichtangaben müssten nicht erfolgen.

Für eine derartige Bewertung des Internets wird richtigerweise angeführt, dass es dem Wortlaut nach durchaus unter den Begriff „audiovisuelles“ Medium falle.⁹¹⁹ Schließlich wird – gerade bei den neuen Formen werblicher Darstellung – die Werbung z.B. mittels eingebetteter und vertonter Videosequenzen und Flash-Animationen sowohl visuell als auch auditiv dargestellt.⁹²⁰ Gegen diese Einstufung wird aber vorgebracht, dass die Nutzungs- und Wahrnehmungsmöglichkeiten bei Online-

⁹¹³ BGH, GRUR 2009, S. 509 (509).

⁹¹⁴ Aches Gesetzes zur Änderung des Arzneimittelgesetzes vom 07.09.1998, BGBl. I, S. 2649.

⁹¹⁵ BGH, GRUR 2009, S. 509 (509) m.w.N.

⁹¹⁶ Siehe hierzu ausführlich *Doepner*, HWG, § 4, Rn. 104 ff.

⁹¹⁷ Siehe hierzu ausführlich die Darstellung bei *Gellissen*, Arzneimittelwerbung im Internet sowie *Rolfes*, Internetapotheken, S. 13 ff.

⁹¹⁸ Siehe auch die Darstellung bei *Weimar*, PharmR 2003, S. 231 (236) sowie *Rolfes*, Internetapotheken, S. 67 ff.

⁹¹⁹ So *Gellissen*, Arzneimittelwerbung im Internet, S. 187 m.w.N. für diese Sichtweise. Dem entgegen gesetzt wird aber auch darauf verwiesen, dass es dem Gesetzgeber erkennbar nicht darum ginge, mit der Charakterisierung des Mediums durch das Adjektiv „audiovisuell“ exakt und abschließend die Form der werblichen Kommunikation in technischer Hinsicht zu umschreiben, so *MüKo/Köber*, UWG Anh. §§ 1-7 E, Rn. 18; *Doepner*, HWG, § 4, Rn. 19.

⁹²⁰ Siehe ebenda.

Werbung mit denen in audiovisuellen Medien gerade nicht vergleichbar seien.⁹²¹ Da sich im Internet weiterführende Informationen ohne Zeitbegrenzung oder Kostensteigerung unterbringen ließen und auch wegen der Wiederaufrufbarkeit durch den Nutzer nicht die Vergänglichkeit aufweisen würden, der die Informationen im Fernsehen und Radio unterfielen, lägen die in den herkömmlichen audiovisuellen Medien gegebenen Kapazitätsprobleme im Internet gerade nicht vor.⁹²² Weiter wird die Entstehungsgeschichte des § 4 Abs. 5 HWG zur Argumentation herangezogen, aus der folgere, dass die werberechtliche Privilegierung nur solche Medien erfassen solle, „bei denen aus Raum- und Zeitgründen nur begrenzte Möglichkeiten zur Wiedergabe der Pflichtangaben und adäquaten Wahrnehmung und Verarbeitung durch den Verbraucher gegeben sind.“⁹²³ Auch spreche gegen eine Einbeziehung des Internets unter den Begriff „audiovisuelles Medium“ der vom HWG bezweckte Gesundheitsschutz, welcher es erfordere, die Ausnahmetatbestände des Gesetzes eher eng auszulegen.⁹²⁴

Dieser früher heftig geführte Streit ist in Rechtsprechung und Literatur aber inzwischen geklärt. Nach vorherrschender Ansicht ist zu differenzieren: Eine Werbemaßnahme im Internet mit stehenden Texten und Bildern, bei der Adressat Werbung und Pflichtangaben beliebig lange betrachten, verarbeiten und sogar ausdrucken kann, wird als printähnliche Darstellung angesehen; selbst dann, wenn der Werbetext animiert Teil für Teil eingeblendet wird.⁹²⁵ Arzneimittelhersteller, Online-Apotheken und andere Anbieter müssen in diesem Fall wie in den herkömmlichen Printmedien die von § 4 Abs. 1 bis 3 HWG vorgegebenen Sachinformationen der werblichen Internetpräsentation beifügen. Hiermit solle der Verbraucher zwar nicht gezwungen werden, die Pflichtangaben zu lesen, es soll ihm aber zumindest die Möglichkeit zur Kenntnisnahme eröffnet werden.⁹²⁶ Dagegen wird das Internet als audiovisuelles Medium i.S.d. § 4 Abs. 5 HWG qualifiziert, wenn mit vergleichbaren Darstellungen wie im Fernsehen, also mit Einspielungen in Form von Pop-Cups und Bannern, Videoclips sowie sonstigen Animationen mit laufenden Bildern und akustischen Effekten geworben wird.⁹²⁷

Im Ergebnis ist somit das Internet je nach Ausgestaltung der Werbung im Einzelfall als audiovisuelles Medium i.S.v. § 4 Abs. 5 HWG anzusehen. Fällt im Zuge dieser Differenzierung aber eine aus festen Texten bestehende Internetwerbung nicht unter diesen Privilegierungstatbestand, ist wiederum zu beachten, dass die Er-

⁹²¹ So v. Jagow, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl H, Rn. 68.

⁹²² Gellifßen, Arzneimittelwerbung im Internet, S. 187 m.w.N.

⁹²³ MüKo/Köber, UWG Anh. §§ 1-7 E, Rn. 18; ebenso OLG Hamburg, GRUR-RR 2003, S. 121 (122).

⁹²⁴ Gellifßen, Arzneimittelwerbung im Internet, S. 188; Doepner, HWG, § 4, Rn. 19.

⁹²⁵ BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 202/07, WRP 2010, S. 1030 (1034) m.w.N.; Gröning, HWG, § 4, Rn. 103.

⁹²⁶ MüKo/Köber, UWG Anh. §§ 1-7 E, Rn. 20.

⁹²⁷ Gröning, HWG, § 4, Rn. 20, 103; Bülow/Ring, HWG, § 4, Rn. 139; Poschenrieder, Werbebeschränkungen für Arzneimittel, S. 182.

reichbarkeit der Pflichtangaben mittels mehrschrittiger Verlinkung die Wortlautanforderung des § 4 Abs. 1 HWG nicht erfüllt, nach der die Pflichtangaben in der Werbung „enthalten“ sein müssen.⁹²⁸ Deswegen wird höchstens ein weiterer Zwischenschritt als erlaubt angesehen, da der durch mehr Verknüpfungen entstehende Aufwand dazu führen könne, dass die Warnhinweise nicht zur Kenntnis genommen würden.⁹²⁹ Der gesetzlichen Regelung wird somit nur dann hinreichend Rechnung getragen, wenn die Pflichtangaben mit nur einem Klick (sog. Pflichtangaben-Button) sofort aufrufbar sind, ansonsten werden sie nicht mehr als i.S.d. der Anforderungen des § 4 Abs. 1 HWG in der Werbung enthalten angesehen.⁹³⁰

b) Internetwerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel

Auch im Internet ist die Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel aufgrund der Regelung des § 10 Abs. 1 HWG grundsätzlich verboten. Onlinewerbung für die in der Norm aufgezählten Fachkreisangehörigen ist dagegen nur möglich, wenn durch entsprechende Kontrollen dafür gesorgt wurde, dass diese nicht für das Laienpublikum einsehbar ist.⁹³¹ Als nicht ausreichend angesehen wird dabei der Hinweis, dass die bereitgestellten Informationen nur von Ärzten abgerufen werden dürfen. Ein solcher Hinweis sei kein ausreichendes Zugangshindernis, sondern im Gegenteil unter Umständen ein besonderer Zugriffsanreiz.⁹³²

Aufgrund der vielfältigen werblichen Möglichkeiten des Internets wirft aber gerade bei der Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel das medienpezifisch undifferenzierte Werbeverbot des § 10 Abs. 1 HWG Probleme auf.

⁹²⁸ *Poschenrieder*, Werbebeschränkungen für Arzneimittel, S. 182.

⁹²⁹ *Gellissen*, Arzneimittelwerbung im Internet. S. 193. – So auch OLG Hamburg, GRUR-RR 2003, S. 121 (122); vgl. auch BGH, GRUR 1991, S. 859 (860) sowie OLG München, GRUR-RR 2002, S. 206 (207); *Poschenrieder*, Werbebeschränkungen für Arzneimittel, S. 182; *Grüning*, HWG, § 4, Rn. 103.

⁹³⁰ *Gellissen*, Arzneimittelwerbung im Internet. S. 193. Siehe auch KG Berlin, PharmR 2004, S. 23. – A.A. *Riegger*, Heilmittelwerberecht, 4. Kapitel, Rn. 20, mit dem Argument, dass auch bei Abrufbarkeit über einen Link die Gefahr bestehe, dass der Adressat einen Ausdruck der Werbeanzeige erstelle, ohne zugleich auch die mit einem Link verbundenen Pflichtangaben auszudrucken. Hiergegen ist jedoch einzuwenden, dass die Gefahr der Nicht-Wahrnehmung der Pflichtangaben medienunabhängig und auch bei der Printwerbung immer besteht und vom Gesetz her in keiner Ausgestaltung umfassend verhindert werden kann.

⁹³¹ MüKo/Köber, UWG Anh. §§ 1-7 E, Rn. 11 m.w.N.; *Riegger*, Heilmittelwerberecht, 10. Kapitel, Rn. 2; siehe näher hierzu auch *Weimar*, PharmR 2003, S. 231 (234) sowie *Rolfes*, Internetapotheken, S. 79 ff.

⁹³² MüKo/Köber, UWG Anh. §§ 1-7 E, Rn. 11. – Nach Ansicht des OLG München (PharmR 2005, S. 245 (248)) soll das werbende Unternehmen dabei aber nicht verpflichtet sein, Nachforschungen über die berufliche Stellung des Besuchers anzustellen; eine Passwortvergabe mit Angaben zur Person ohne Überprüfung sei ausreichend, eine darüber hinausgehende Überprüfungspflicht unverhältnismäßig. Zu Recht kritisch zu diesem Urteil *Riegger*, Heilmittelwerberecht, 10. Kapitel, Rn. 2 sowie *Lehmle*, § 4 Nr. 11, Rn. 61.

aa) Arzneimitteldatenbanken

Umstritten sind vor allem Arzneimitteldatenbanken, die Informationen über verschreibungsfreie und -pflichtige Arzneimittel verschiedenster Hersteller unter Angabe ihrer Indikationen, Wirkungen und Inhaltsstoffe enthalten und es durch unabhängige Preisangaben ermöglichen, die einzelnen Mittel zu vergleichen.⁹³³

Eine solche Internetseite wurde vom OLG Frankfurt a.M.⁹³⁴ mit der Begründung als heilmittelwerberechtlich zulässig angesehen, dass der Datenbank eine werbliche Eignung zur Absatzförderung der von ihr erfassten Arzneimittel nicht beigemessen werden könne: „Die Einzelinformationen zu den ca. 7.300 Arzneimitteln werden [...] inhaltlich zutreffend und in sachlicher Form zusammengestellt; insbesondere wird im Verhältnis der erfassten Mittel zueinander keines als einem der anderen überlegen herausgehoben. Die Präsentation erfolgt auch nicht „werbety-pisch“, sondern nach Art eines schlichten, wenn auch mit den elektronischen Suchfunktionen aufbereiteten Verzeichnisses.“⁹³⁵ Eine gleichwohl bestehende geringe objektive Werbeeignung sei auch von den Betreibern der Datenbank selbst nicht beabsichtigt und auch hinsichtlich der aufgelisteten verschreibungspflichtigen Arzneimittel unbeachtlich. Sofern von den Betreibern der Datenbank lediglich sachlich über wichtige Arzneimittel informiert werden solle, stelle sich der damit verbundene, ohnehin geringe Absatzförderungseffekt – wie beispielsweise auch bei einem redaktionellen Pressebeitrag – als eine nicht bezweckte Nebenfolge des geschäftlichen Handelns des Betreibers dar. Mangels Absatzförderungsabsicht könne somit bereits keine Werbung i.S.d. Werbebegriffes des HWG vorliegen, so dass § 10 Abs. 1 HWG nicht zur Anwendung käme.⁹³⁶

Anders beurteilte dagegen das OVG Lüneburg⁹³⁷ einen vergleichbaren Fall. Das Gericht sah in dem ohne Einschränkung auf das Fachpublikum eröffneten Internetangebot einer Veterinärdatenbank für verschreibungspflichtige Tiermedikamente einen Verstoß gegen § 10 Abs. 1 HWG.⁹³⁸ Nach dem OVG würden die dortigen „detaillierten Recherchemöglichkeiten nach Preis- und Leistungsgesichtspunkten“ die konkrete Gefahr eines Fehlgebrauchs hervorrufen und die Anpreisung der aufgelisteten und beschriebenen Medikamente mit der Überschrift „Medikamente für die erfolgreiche Bekämpfung von ...“ den werbenden Charakter des Internetangebotes unterstreichen.⁹³⁹ Der eigentliche Zweck einer Arzneimitteldatenbank, dem Nutzer werbungsfreie Informationen liefern zu wollen, sei dabei „nicht allein ausschlaggebend für die Beantwortung der Frage, ob mit der Datenbank geworben wird. Maßgeblich ist vielmehr, ob die produktbezogenen Aussagen

⁹³³ *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 106.

⁹³⁴ Urt. v. 28.10.2004 – 6 U 187/03, MMR 2005, S. 383.

⁹³⁵ Urt. v. 28.10.2004 – 6 U 187/03, MMR 2005, S. 383.

⁹³⁶ Urt. v. 28.10.2004 – 6 U 187/03, MMR 2005, S. 383 f.

⁹³⁷ Urt. v. 04.07.2006 – 11 LA 138/05, NdsVbBl. 2006, S. 335 ff. – Siehe die Darstellung des Urteils bei *Riegger*, Heilmittelwerberecht, 10. Kapitel, Rn. 20.

⁹³⁸ Siehe OVG Lüneburg, NdsVbBl. 2006, S. 335 (2. Leitsatz).

⁹³⁹ OVG Lüneburg, NdsVbBl. 2006, S. 335 (336).

nach ihrem Gesamterscheinungsbild einem nicht unbeachtlichen Teil des angesprochenen Adressatenkreises den Eindruck vermitteln, die Maßnahmen zielten auf die Absatzförderung eines oder mehrerer bestimmter verschreibungspflichtiger Arzneimittel ab“.⁹⁴⁰

An dieser Entscheidung wird jedoch von *Sodan/Zimmermann*⁹⁴¹ zu Recht kritisiert, dass eine Absatzerzielungsabsicht im heilmittelwerberechtlichen Sinne kaum vorliegen könne, solange die Infothek nicht von einem Arzneimittelhersteller selbst betrieben würde: Es könne nicht ernsthaft angenommen werden, der Betreiber wolle 600 verschiedene Arzneimittel unterschiedlicher Hersteller bewerben und deren Absatz fördern. Hinzu komme wieder die – im Rahmen der freiberuflichen Werbung regelmäßig erwähnte – Passivität des Mediums Internet. Da es sich bei Arzneimitteldatenbanken anerkanntermaßen um eine rein passive Informationsplattform handele, „bei der sich die Informationen nicht unvorbereitet einer breiten Öffentlichkeit aufdrängen, sondern erst nach gezielter Suche durch interessierte Einzelpersonen erlangt werden, ist [...] die aus der Informationserlangung resultierende Gefahr, vor der § 10 Abs. 1 HWG schützen will, deutlich geringer einzustufen als im Falle aktiv vermittelter, aufgedrängter Informationen.“⁹⁴²

Das vom OVG Lüneburg gefundene Ergebnis, wegen Absatzförderungsabsicht des Betreibers in der Veterinärdatenbank einen Verstoß gegen § 10 Abs. 1 HWG zu sehen, ist angesichts dieser zugkräftigen Argumente zumindest anzuzweifeln. Vor dem Hintergrund der dargestellten Überlegungen sollte eine elektronische Datenbank mit namentlich aufgelisteten und zum Teil verschreibungspflichtigen Arzneimitteln auch ohne Zugangsbeschränkung nur dann als unzulässige Publikumswerbung i.S.d. § 10 Abs. 1 HWG eingestuft werden, wenn einzelne Arzneimittel eines Herstellers gezielt werbetypisch vor anderen herausgestellt werden.⁹⁴³ Eine engeres, zum Verbot dieses Informationsmittels führendes Verständnis des § 10 Abs. 1 HWG würde das durch die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Recht eines Datenbankbetreibers, nicht-werbliche Informationen sowohl über nicht-verschreibungspflichtige, als auch über verschreibungspflichtige Arzneimittel zu verbreiten, in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise einschränken.

⁹⁴⁰ Ebenda.

⁹⁴¹ Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 108.

⁹⁴² *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 108.

⁹⁴³ Vgl. auch die dagegen nachvollziehbare Entscheidung des LG München I v. 04.11.2008 – 33 O 20212/07, WRP 2009, S. 491 ff., wonach bezugnehmend auf die dargestellte Rechtsprechung des OLG Frankfurt eine auf einem ausschließlich durch Werbung finanzierten Internet-Shopping-Portal stattfindende Werbung für eine Antibabypille als verbotene Werbung i.S.d. § 10 Abs. 1 HWG angesehen wurde, weil im Rahmen eines Preisvergleichs auf eine bestimmte Platzierung in „Hitlisten“ oder auf günstige Bestellmöglichkeiten bei Online-Apotheken hingewiesen wurde.

bb) Ärztliche Internetwerbung unter Hinweis auf verschreibungspflichtige Arzneimittel

Eine weitere Fallkonstellation, bei der eine Einschränkung des Werbeverbots des § 10 Abs. 1 HWG aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten erscheint, liegt bei Äußerungen von Ärzten und vergleichbaren Freiberuflern vor, die im Rahmen ihrer Online-Präsentation auf verschreibungspflichtige Arzneimittel Bezug nehmen.

aaa) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

In der Rechtsprechung⁹⁴⁴ wurde es regelmäßig als Verstoß gegen § 10 Abs. 1 HWG angesehen, wenn bei den auf einer öffentlichen Homepage genannten Behandlungsleistungen auch die dabei verwendeten verschreibungspflichtigen Arzneimittel aufgeführt wurden. Vom BVerfG⁹⁴⁵ wurde diese Spruchpraxis aber mit der Begründung verworfen, dass die Gerichte die aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Grundsätze ärztlicher Werbefreiheit nicht hinreichend berücksichtigt hätten. Da nach diesen grundsätzlich „sachangemessene Informationen, die den möglichen Patienten nicht verunsichern, sondern ihn als mündigen Menschen befähigen, von der freien Arztwahl sinnvoll Gebrauch zu machen“, zulässig seien, müsse es für einen Arzt, der auf die Vornahme einer bestimmte Behandlung hinweisen wolle, möglich sein, einen bestimmten Wirkstoff zu erwähnen, solange die Entscheidung des Patienten gerade auf der Verwendung dieses bestimmten Wirkstoffes beruhe und nicht durch die beworbene Behandlungsmethode an sich geprägt werde.⁹⁴⁶ Auch hier stellte das BVerfG ergänzend darauf ab, „dass es sich bei der hier beanstandeten Werbung um eine Selbstdarstellung im Internet und damit in einem Medium handelt, welches als passive Darstellungsplattform in der Regel von interessierten Personen auf der Suche nach ganz bestimmten Informationen aufgesucht wird und sich daher der breiten Öffentlichkeit nicht unvorbereitet aufdrängt“.⁹⁴⁷ Wenn die dargestellte Behandlungsmethode also von ihnen entscheidend geprägt ist und die Gefahr einer Selbstmedikation gering ist,⁹⁴⁸ können folglich auch verschreibungspflichtige Arzneimittel im Rahmen ärztlicher Internetwerbung genannt werden. Die Darstellung muss sich aber innerhalb der im ersten Teil dargestellten berufsrechtlichen Grenzen der Ärzte

⁹⁴⁴ Siehe etwa OLG Hamm, WRP 2003, S. 543 (544 f.); OLG München, WRP 2003, S. 1468 f.; OLG Saarbrücken, GesR 2004, S. 32 (33 f.); OLG Stuttgart, WRP 2002, S. 131 ff.; LG München I, WRP 2003, S. 1466 (1467 f.).

⁹⁴⁵ Beschl. v. 30.04.2004 – 1 BvR 2334/03, NJW 2004, S. 2660. – Vgl. die ausführliche Darstellung und Analyse dieser Entscheidung bei *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 92 f.

⁹⁴⁶ BVerfG, NJW 2004, S. 2660.

⁹⁴⁷ BVerfG, NJW 2004, S. 2660 (2661) unter Bezugnahme auf BVerfG, NJW 2003, S. 2818 (2819). Auf diese Passage auch verweisend *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 93.

⁹⁴⁸ BVerfG, NJW 2004, S. 2660, 4. Leitsatz.

halten und darf den Rahmen sachangemessener Informationen nicht überschreiten.⁹⁴⁹

bbb) Einschränkende Beurteilung des OLG Frankfurt

Diese verfassungsgerichtliche Rechtsprechung wurde jedoch in einem ähnlich gelagerten Fall vom OLG Frankfurt⁹⁵⁰ bereits wieder relativiert. Nach Ansicht des Gerichts erfasse das grundrechtlich gewährte Recht auf Selbstdarstellung des Arztes im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG nicht den Fall, dass sich der Werbende „darauf beschränkt, plakativ einige Behandlungsmethoden mit unterschiedlichster Zielsetzung zu bewerben.“⁹⁵¹ Darin liege dann nur eine Selbstdarstellung des Inhalts, die genannten Behandlungsmethoden zu beherrschen, ohne aber die diesbezüglichen persönlichen Befähigungen im Einzelnen darzustellen oder sachlich über die einzelnen Behandlungsmethoden zu informieren. Wenn eine Werbung insofern außer der reinen Aufzählung verschiedenster Behandlungsformen unter Nennung der hierfür verwendeten Medikamente eine Selbstdarstellung der werbenden Person nicht enthalte, verdränge dies das Verbot des § 10 Abs. 1 HWG nicht.⁹⁵²

Wieso aber die Beschreibung einer Behandlungsmethode mitsamt der dabei verwendeten Arzneimittel nur bei zusätzlichen Angaben zur Person des Arztes und dessen besonderen Fähigkeiten erlaubt sein soll, bei deren Fehlen hingegen eine gem. § 10 Abs. 1 HWG verbotene Werbeaufforderung bestehe, ist nicht verständlich.⁹⁵³ *Sodan/Zimmermann*⁹⁵⁴ weisen darauf hin, dass umgekehrt vielmehr gerade die Bewerbung besonderer Fähigkeiten des Arztes die Wahl des Patienten beeinflussen könne. Auch könne der Verzicht, ergänzend die eigene Person und persönliche Kompetenz zu beschreiben, keinen Unterschied machen, da die heilmittelwerberechtlich relevante Aussage weiterhin bestehen bleibe.⁹⁵⁵ Außerdem wäre eine nachvollziehbare Abgrenzung dahingehend kaum möglich, wie in der erforderlichen weiterführenden Weise über die beherrschten Behandlungsmethoden informiert und aufgeklärt werde und bis wann eine unzulässige, weil „inhaltsfreie“ Selbstdarstellung im Sinne der Sichtweise des OLG Frankfurt vorliege.

Die durch das OLG Frankfurt vorgenommene Einschränkung der Rechtsprechung des BVerfG wird daher zu Recht mit der Begründung abgelehnt, sie verstoße

⁹⁴⁹ Das Kriterium der Sachangemessenheit der Information beruht dabei auf der im ersten Teil dargestellten Rechtsprechung des BVerfG zur verfassungskonformen Reichweite berufsrechtlicher Werbebeschränkungen.

⁹⁵⁰ OLG Frankfurt, NJW-RR 2006, S. 1636.

⁹⁵¹ Ebenda.

⁹⁵² OLG Frankfurt, NJW-RR 2006, S. 1636 f.

⁹⁵³ *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 99.

⁹⁵⁴ Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 98 f.

⁹⁵⁵ Ebenda.

gegen die verfassungsgerichtlich aufgestellten Vorgaben für eine verfassungskonforme Auslegung des § 10 Abs. 1 HWG.⁹⁵⁶ Trotzdem wird in Anbetracht dieses Urteils und der Gefahr sich hieran ausrichtender Nachfolgeurteile empfohlen, bei Werbung unter Hinweis auf verschreibungspflichtige Arzneimittel immer gleichzeitig ergänzende und erläuternde Informationen in einem Umfang mitzugeben, die im Sinne der dargestellten Rechtsprechung des BVerfG einen möglichen Verstoß gegen § 10 Abs. 1 HWG verfassungsrechtlich zu rechtfertigen vermögen.⁹⁵⁷

cc) Bereitstellen von Packungsbeilagen und Gebrauchsinformationen

Vor dem Hintergrund des vom BVerfG auch bei der Bewerbung verschreibungspflichtiger Arzneimittel hervorgehobenen Einflusses der Passivität des Mediums Internet war in der Rechtsprechung lange Zeit umstritten, ob es eine unzulässige Werbung darstellt, wenn informative Texte über verschreibungspflichtige Arzneimittel, insbesondere der Inhalt von Packungsbeilagen und Gebrauchsinformationen, für Verbraucher online bereitgestellt werden.⁹⁵⁸ Bedenken wurden auch von der Literatur insofern geäußert, als darin wie bei der Zurschaustellung dieser Texte in Schaufenstern oder durch deren Integration in eine Anzeigen- oder Plakatwerbung eine Abkehr von ihrem eigentlichen Aufklärungszweck gesehen werden könnte, die unter das Werbeverbot des § 10 Abs. 1 HWG fallen würde.⁹⁵⁹

Die diesbezügliche Diskussion wurde mit der 16. AMG-Novelle von Seiten des Gesetzgebers nunmehr beendet. Mit der Einfügung des § 1 Abs. 8 HWG findet das HWG keine Anwendung mehr „auf die auf Anforderung einer Person erfolgende Übermittlung der nach den §§ 10 bis 11a des Arzneimittelgesetzes für Arzneimittel vorgeschriebenen vollständigen Informationen [...] und auf die Bereitstellung dieser Informationen im Internet.“ Grund für die Schaffung dieses Ausnahmetatbestandes war für den Gesetzgeber zum einen, dass die nunmehr freigestellten Informationstexte gemäß § 67a Abs. 2 AMG aufgrund der im Internet abrufbaren Datenbank des Deutschen Instituts für Medizinische Dokumentation (DIMDI) ohnehin öffentlich zugänglich sind und zum anderen, dass es sich im Falle der Packungsbeilage ohnehin um die Informationen handele, die der Patient mit dem ihm verschriebenen Präparat regelmäßig zusammen erhalte.⁹⁶⁰

⁹⁵⁶ So dann im Ergebnis auch *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 99.

⁹⁵⁷ So *Riegger*, Heilmittelwerberecht, 10. Kapitel, Rn. 30.

⁹⁵⁸ Als unzulässige Werbung ansehend OLG Hamburg, Ur. v. 23.11.2006 – 3 U 43/05, Magazindienst 2007, S. 1200 ff.; a.A. dagegen LG München I, Ur. v. 06.11.2006 – 17 HKO 7494/03, PharmR 2004, S. 114 ff. sowie OLG München, Ur. v. 06.05.2004 – 6 U 5565/03, PharmR 2004, S. 308 f.

⁹⁵⁹ So *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 105. Kritisch ebenfalls *Riegger*, Heilmittelwerberecht, 10. Kapitel, Rn. 23.

⁹⁶⁰ Gesetzgebung, BT-Drucks. 17/9341 v. 26.04.2012, S. 69 f.

Darüber hinaus basiert die Neuregelung auf der aus einer Vorlagefrage des BGH⁹⁶¹ folgenden Entscheidung des EuGH⁹⁶², nach der die Richtlinie 2001/83/EG Informationen über verschreibungspflichtige Arzneimittel auf einer Internet-Website nicht verbiete, wenn diese Informationen nur demjenigen zugänglich seien, der sich selbst um sie bemühe, und diese Verbreitung ausschließlich in der getreuen Wiedergabe der Umhüllung des Arzneimittels sowie in der wörtlichen und vollständigen Wiedergabe der Packungsbeilage oder einer behördlich genehmigten Zusammenfassung der Merkmale des Arzneimittels bestehe.⁹⁶³ Verboten sei hingegen die über eine Website des Arzneimittelherstellers erfolgende Verbreitung von gezielt werblichen Informationen über ein Arzneimittel, die Gegenstand einer vom Hersteller vorgenommenen Auswahl oder Umgestaltung waren.⁹⁶⁴

In Umsetzung dieser Entscheidung wird den Herstellern von rezeptpflichtigen Arzneimitteln nunmehr – um dem gestiegenen Bedürfnis der Verbraucher nach zuverlässigen arzneimittelbezogenen Informationen Rechnung zu tragen – nach § 1 Abs. 8 HWG ausdrücklich das passive Zurverfügungstellen der Inhalte von Packungsbeilage, Fachinformation und Beurteilungsbericht erlaubt.⁹⁶⁵ Dies ist nur konsequent, da auch das Bundesverfassungsgericht bereits explizit zur Werbung verschreibungspflichtiger Arzneimittel im Rahmen ärztlicher Internetwerbung feststellte, dass es sich bei Werbung im passiven Medium Internet um keine „typische“ Werbung handele, vor deren Gefahren das HWG schützen wolle und dass das Informationsbedürfnis des Suchenden grundsätzlich vor den Gefahren der bloß passiven Werbung stünde.⁹⁶⁶ Diese Feststellungen wiegen hier umso mehr, wenn man bedenkt, dass durch § 1 Abs. 8 HWG den Patienten die wichtige Möglichkeit eröffnet wird, durch Verlust der Packungsbeilage oder Gebrauchsinformationen verloren gegangene Dosierungsangaben und Warnhinweise wieder einzusehen, wodurch eine Fehleinnahme gerade im Sinne des vom HWG bezweckten Gesundheitsschutzes vermieden werden kann. Hierin liegt ein Hauptanwendungsfall des vom Bundesverfassungsgerichts zitierten und nun auch für § 1 Abs. 8 HWG vom Gesetzgeber herangezogenen „Informationsbedürfnisses“ der Verbraucher. Zudem wird die Eignung dieser Angaben zur werblichen Förderung des Produktabsatzes ohnehin erheblich durch die Tatsache eingeschränkt, dass in der Gebrauchsinformation nicht nur die positiven Produkteigenschaften aufgeführt sind, sondern auch auf Folgen von Fehldosierungen, Kontraindikationen und abschreckende Nebenwirkungen explizit hingewiesen wird.

Ein weiterer Schutz der Verbraucher wird dadurch gewährleistet, dass die freigestellten Informationen nicht unaufgefordert zu Werbezwecken übermittelt, sondern nur auf gezieltes Erfragen zugänglich werden sollen (sogenannte Pull-

⁹⁶¹ Entsch. v. 16.07.2009 – I ZR 223/06, WRP 2009, S. 1100 ff.

⁹⁶² Urt. v. 05.05.2011, Rs. C-316/09, EuZW 2011, S. 481 ff.

⁹⁶³ EuGH, EuZW 2011, S. 481 (484).

⁹⁶⁴ Ebenda.

⁹⁶⁵ Gesetzgebung, BT-Drucks. 17/9341 v. 26.04.2012, S. 70.

⁹⁶⁶ Siehe oben, S. 211 f.

Dienste).⁹⁶⁷ Zur Sicherung dessen konkretisiert das Tatbestandsmerkmal in § 1 Abs. 8 HWG „auf Anforderung einer Person erfolgenden Übermittlung“ das im EuGH-Urteil vom Verbraucher geforderte „sich selbst um sie bemühen.“⁹⁶⁸ Wie genau dieses Anfordern im Internet und auf sonstigem Wege durch die Verbraucher zu erfolgen hat, wird in der Gesetzesbegründung nicht näher definiert. Er erscheint jedoch unsinnig, dem gezielt recherchierenden Verbraucher durch unnötig hohe Anforderungen – wie z.B. einem passwortgeschützten Zugang, der erst nach Übermittlung und ggf. noch Überprüfung persönlicher Daten freigeschaltet wird – den Zugriff auf die Informationstexte zu erschweren. Es wird insofern Aufgabe der Rechtsprechung sein, die für das Kriterium der „Anforderung einer Person“ erforderlichen angemessenen Hürden festzulegen.⁹⁶⁹

VI. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass im Heilmittelwerbegesetz keine direkten medienspezifischen Werbeverbote enthalten sind. Bei der Heil- und Arzneimittelwerbung in den Printmedien, im Fernsehen, Radio und Kino sind daher lediglich die inhaltlichen Vorgaben des HWG zu beachten; bei an Verbraucher gerichteten Werbemaßnahmen insbesondere das Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel aus § 10 Abs. 1 HWG sowie bei verschreibungsfreien Medikamenten der Pflichtenkatalog des § 11 HWG. Für die audiovisuellen Medien enthält § 4 Abs. 5 HWG vielmehr hinsichtlich der nach § 4 Abs. 1 HWG erforderlichen Pflichtangaben eine Privilegierung für die Publikumswerbung, welche ebenso für die Internetwerbung Anwendung findet, sofern dort nicht nur mit stehenden Texten, sondern mit Videoclips und ähnlichen Animationen geworben wird. Ansonsten bestehen auch hinsichtlich der Werbung im Internet keine medienspezifischen Beschränkungen.

Im Gegenteil, hier bestehen Tendenzen, die allgemeinen Werbebeschränkungen des HWG dahingehend aufzulockern, dass die gezielte und sachliche Arzneimittelinformation von ihnen nicht erfasst wird. Insbesondere bei der Bewerbung verschreibungspflichtiger Arzneimittel werden aufgrund der bereits schon bei den Freiberuflern für die Werbeliberalisierung maßgeblichen Passivität dieses Mediums von der Rechtsprechung Ausnahmen vom grundsätzlichen Werbeverbot des § 10 Abs. 1 HWG bei Arzneimitteldatenbanken und ärztlichen Internetauftritten gemacht, sofern dort die Nennung verschreibungspflichtiger Arzneimittel in sachlicher und nicht werblich herausstellender Art und Weise erfolgt. Seit der aktuellen Reform des HWG dürfen zudem Fachinformationen und Packungsbeilagen von verschrei-

⁹⁶⁷ Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/9341 v. 26.04.2012, S. 70.

⁹⁶⁸ *Wudy/Pohl*, WRP 2012, S. 388 (389 f.).

⁹⁶⁹ Auch *Schmidt* (PharmR 2012, S. 285 (286)) weist darauf hin, dass sich „die tatsächliche Reichweite des neuen Handlungsspielraums für die Öffentlichkeitsarbeit der Unternehmen [...] in der Praxis jedoch noch beweisen“ müsse.

bungspflichtigen Arzneimitteln den Verbrauchern auf den Internetseiten des jeweiligen Herstellers zugänglich gemacht werden. Ähnlich wie bei den freiberuflichen Werbemöglichkeiten stellt die Rechtsprechung und ihr nachfolgend der Gesetzgeber das gesteigerte Informationsbedürfnis der zunehmend als „mündigen Patienten“⁹⁷⁰ angesehenen Verbrauchers damit immer stärker in den Vordergrund.

Die Gegenüberstellung der gegensätzlichen Entscheidungen des OLG Frankfurt und des Bundesverfassungsgerichts zur ärztlichen Internetwerbung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zeigen aber, dass der Rechtsprechung eine belastbare Abgrenzung zwischen der nach dem HWG verbotenen Werbung dieser Medikamente und der grundrechtlich geschützten Selbstdarstellung ärztlicher Tätigkeit noch nicht gelungen ist.⁹⁷¹ Eine verlässliche Beurteilung, welche der mittlerweile im Internet in einer Vielzahl bestehenden Werbemöglichkeiten unter Beachtung der Passivität dieses Mediums und seiner Bedeutung für den informierten Patienten im Ausnahmefall nicht dem Publikumsverbot des § 10 Abs. 1 HWG unterfallen, ist so nur schwer möglich.⁹⁷²

Im Ergebnis ist insofern festzuhalten, dass sich sowohl die Auslegung des HWG durch die Rechtsprechung als auch dessen gesetzliche Ausgestaltung in Bezug auf die medienpezifische Werbung verschreibungspflichtiger Arzneimittel durch Hersteller und Ärzte gegenwärtig im Umbruch befindet. Angesichts seiner diesbezüglich die Arzneimittelpräsentation im Internet noch zu undifferenziert beschränkenden Regelungen, aber auch aufgrund europäischer Reformbestrebungen⁹⁷³ wird

⁹⁷⁰ Ob man angesichts der zahlreichen Informationsquellen, die die neuen Medien bieten und von Patienten in verstärktem Maße genutzt werden, an dem bisherigen HWG-Verbraucherbild eines fachunkundigen und hilflosen Verbrauchers festhalten kann, erscheint in der Tat fraglich, siehe MüKo/Köber, UWG Anh. §§ 1-7 E, Rn. 55. – Höchst kritisch zum Begriff des mündigen Verbrauchers in diesem Zusammenhang jedoch Buchner, MedR 2010, S. 1 (2 ff.).

⁹⁷¹ Hess, jurisPR-WettbR 11/2006, Anm. 6. – Siehe auch die gegensätzlichen Rechtsauffassungen bzgl. der Möglichkeit von Werbung mit Arzneimittel-Testergebnissen des OLG München, das in seiner Entscheidung vom 22.01.2009 (PharmR 2009, S. 173 f.) eine Arzneimittelwerbung gegenüber Laien mit einem Testurteil der Verbraucherzeitschrift ÖKO-Test gestattet hatte, und des OLG Hamburg im Urteil v. 30. 06.2009 (PharmR 2009, S. 519 ff.), welches eine Internetwerbung für ein Arzneimittel mit dem Testurteil der Stiftung Warentest als Verstoß gegen § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG gewertet und verboten hat.

⁹⁷² Sodan/Zimmermann, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, S. 102. – Hinzuwiesen ist i.d.Z. auch auf eine Entscheidung des BGH (WRP 2009, S. 1240 ff.), in der einem Arzneimittelhersteller grundsätzlich die Möglichkeit zugesprochen wurde, aufgrund einer vorangegangenen öffentlichen Diskussion über ein von ihm hergestelltes verschreibungspflichtiges Präparat dieses im Rahmen einer Art Gegendarstellung in einer Zeitungsanzeige namentlich zu benennen. Die konsequente Anwendung der Vorschriften des HWG führe in einem solchen Fall zu einer Verletzung der Meinungsfreiheit des Herstellers, da die Nennung des verschreibungspflichtigen Mittels unverzichtbarer Bestandteil der kritischen Meinungsäußerung des Herstellers selbst sei, so dass den Werbeverboten des HWG in diesem Fall ein geringeres Gewicht zukomme.

⁹⁷³ Siehe insbesondere den geänderten Vorschlag der Kommission vom 14.10.2011 zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG in Bezug auf die Information der breiten Öffentlichkeit über verschreibungspflichtige Arzneimittel und hinsichtlich der Pharmakovigilanz (KOM(2011) 663 endg/2.),

sich das Heilmittelwerberecht hinsichtlich der in den Medien zulässigen Werbeformen daher in nächster Zukunft sicher weiter konkretisieren.

E. Zusammenfassung und Ergebnis

I. Vergleichende Betrachtung der produktspezifischen Werbeverbote

Die in diesem Teil erfolgte Überprüfung der produktspezifischen Werbeverbote hat gezeigt, dass es bei der Medienwerbung für die gesundheitsschädlichen Alkohol- und Tabakwaren eine Tendenz der nationalen und europäischen Gesetzgeber zu einer immer stärkeren Regulierung gibt, wohingegen sich bei den bereits seit längerem schon restriktiven Werbevorschriften der Heil- und Arzneimittel eine Liberalisierung bei der Bewerbung verschreibungspflichtiger Arzneimittel abzeichnet. Somit sind vor allem die Tabakerzeugnisse und alkoholischen Getränke als die Produkte anzusehen, deren Konsum durch für einzelne Medien geltende Verbote und Werbebeschränkungen eingedämmt werden soll.

Anders als bei den berufsbezogenen Werbebeschränkungen der Freiberufler, bei denen die Untersagung von Werbung, die sich ohne Differenzierung gegen bestimmte Werbeträger oder Werbeformen richtet, aufgrund des durch den Apothekenwerbebeschluss des Bundesverfassungsgerichts hervorgehobenen Gewichts der Berufsfreiheit nicht möglich ist, rechtfertigt der Zweck der produktspezifischen Werbeverbote vor gesundheitlich nachteiligen Folgen der beworbenen Erzeugnisse aus verfassungsrechtlicher Sicht die aus ihnen folgenden Eingriffe in den Schutzbereich der Berufsfreiheit der herstellenden und vertreibenden Pharmaunternehmen. Aus diesem Grund sind bei sämtlichen gesundheitsschädlichen Produkten die Werbemöglichkeiten generell und auch im Rahmen der Medienwerbung nicht in gleichem Maß wie bei den Freiberuflern gegeben.

1. Medienspezifische Werbeverbote für Tabakprodukte

So ist die Werbung für Tabakprodukte in den Medien Fernsehen und Radio vollkommen untersagt, in der Presse und im Internet ebenso, wobei dort gewisse Ausnahmen gesetzlich vorgesehen sind und auch durch die Rechtsprechung ergänzend entwickelt wurden. Kinowerbung unterliegt dagegen keinem Verbot, sondern einer Zeitenbeschränkung. Plakatwerbung ist wiederum überall möglich und unterfällt lediglich – wie auch die Kinowerbung – den allgemeinen Werbebeschränkungen des VTabakG. Ein medienübergreifend kohärentes Regelungssystem kann so trotz der

wonach in den neuen Art. 100b und 100c im einzelnen geregelt werden soll, unter welchen Voraussetzungen Informationen über verschreibungspflichtige Arzneimittel verbreitet werden dürfen. Dies solle nach Art. 100c der neuen Fassung nicht über Fernsehen, Rundfunk oder Printmedien erfolgen, sondern nur passiv über Arzneimittel-Websites oder nach gezielter Anfrage durch Druckwerke bzw. schriftliche Auskünfte.

vorhandenen Verbote für die Werbemedien mit der größten Breitenwirkung in letzter Konsequenz nicht gesehen werden. Vielmehr bedarf es hier aus gesundheitspolitischer Sicht und um eine Kohärenz zwischen der Reglementierung der Bild- und Tonmedien herzustellen noch entsprechender Verbote für die Kino- und Plakatwerbung.

2. Medienspezifische Werbeverbote für alkoholhaltige Produkte

Die Bewerbung alkoholischer Getränke ist demgegenüber in keinem Medium gezielt untersagt. Im Radio, Fernsehen und Internet besteht lediglich eine Beschränkung auf nicht-jugendbezogene Inhalte, zudem darf – dies gilt aber nur für den Rundfunk – der übermäßige Alkoholkonsum nicht werblich dargestellt werden. Kinowerbung erfährt wie bei der Tabakwerbung nur einer zeitlichen Beschränkung. Printwerbung sowie Plakatwerbung unterliegen demgegenüber keinen spezifischen Reglementierungen. Ein der Breitenwirkung der Medien insgesamt entsprechendes gesetzliches Regulierungssystem, das medienübergreifend jugendschützende Werbebeschränkungen auf allen Werbeträgern normiert, ist also auch hier nicht gegeben. Aus Gründen eines effektiven Gesundheits- und Jugendschutzes sowie zu Zwecken der Kohärenz wären insofern entweder der Tabakwerbung vergleichbare medienspezifische Totalwerbeverbote für alkoholische Produkte zu erlassen oder zumindest die Zielgruppenbeschränkung des § 6 Abs. 5 JMStV auf sämtliche Medien zu erstrecken und die Zeitenbeschränkung des § 11 Abs. 5 JuSchG auf die Fernseh- und Radiowerbung zu erweitern.

3. Medienspezifische Werbeverbote für Heil- und Arzneimittel

Im Bereich der Heil- und Arzneimittelwerbung gibt es ebenso wie bei der Tabakwerbung Werbereglementierungen auf europäischer Ebene, welche größtenteils im Heilmittelwerbegesetz umgesetzt wurden, jedoch sind hier – obwohl mit dem Gesundheitsschutz der Bevölkerung der gleiche Schutzzweck wie bei den Tabak- und Alkoholprodukten verfolgt wird – weder auf nationaler noch gemeinschaftsrechtlicher Ebene direkte medienspezifische Werbeverbote vorhanden. Vielmehr wird, um die Verbraucher vor den Gefahren einer unkontrollierten oder unsachgemäßen Anwendung zu schützen, die Werbung für Heil- und Arzneimitteln insgesamt durch eine Vielzahl positiv normierter Werbebeschränkungen in Verbindung mit vereinzelten Werbeverboten für Arznei- und Werbearten eingeschränkt. Bei der medialen Bewerbung in Printmedien, Fernsehen, Radio, Kino und Internet sind aber einzig vereinzelte Beschränkungen hinsichtlich der visuellen Darstellung vorhanden; die in den audiovisuellen Medien werbenden Unternehmen werden hinsichtlich der gesetzlich geforderten Pflichtangaben und -hinweise für freiverkäufliche Arzneimittel sogar privilegiert. Der Grund hierfür liegt jedoch nicht an einem im Vergleich zu den gesetzlichen Begrenzungen der Alkohol- und Tabakwerbung geringerem Schutzniveau des Heilmittelwerbegesetzes, sondern daran, dass die Bewerbung der verschreibungspflichtigen Arzneimittel, von denen die größte Gesundheitsgefahr

im Falle der unsachgemäßen Anwendung ausgeht, außerhalb der Fachkreise komplett und somit medienübergreifend verboten wurde. Aufgrund der zwingenden europäischen Vorgaben war es dem nationalen Gesetzgeber auch nicht möglich, diesbezüglich restriktivere Regelungen zu erlassen.⁹⁷⁴

4. Ergebnis

Gekennzeichnet ist das Produktwerberecht in Deutschland durch unterschiedliche Regelungsansätze: Bei der Tabakwerbung herrschen Werbeverbote mit einer Differenzierung zwischen den einzelnen Medien vor, aber auch nur, weil diese vom Gemeinschaftsgesetzgeber vorgegeben wurden. Die Plakatwerbung, welche dagegen nicht in den europäischen Kompetenzbereich fällt, ist überhaupt nicht normiert; die Kinowerbung, die ebenfalls von den europäischen Verboten nicht erfasst werden konnte, wurde vom deutschen Gesetzgeber lediglich zeitlich limitiert. Demgegenüber ist die Alkoholwerbung europarechtlich kaum reglementiert und auch auf nationaler Ebene nur vereinzelt Vorgaben unterworfen. Im Heilmittelwerberecht bestehen ebenfalls sowohl national als auch europarechtlich keine medien-spezifischen Werbeverbote und keine Regulierung einzelner Medien.⁹⁷⁵ Dafür ist die Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel gänzlich medienübergreifend verboten, so dass wiederum liberalisierende Auslegungen hinsichtlich der vom Verbraucher gewünschten Sachinformationen vorgenommen werden. Dies zeigt, dass die Werbung für gesundheitsschädliche Produkte in Deutschland – auch aufgrund, aber nicht nur wegen der Einflussnahme des Gemeinschaftsgesetzgebers⁹⁷⁶ – höchst unterschiedlich reguliert ist. Zudem ist erkennbar, dass die festgestellte Gesundheitsschädlichkeit des beworbenen Produktes nicht grundsätzlich zu einem Verbot der Bewerbung in einem bestimmten Medium führt. Eine einheitliche Linie, nach der die untersuchten Produkte medienübergreifend kohärent reglementiert sind, ist demnach nicht ersichtlich.

⁹⁷⁴ Vgl. Art. 88 Abs. 1 a) der Richtlinie 2001/83/EG, wonach die Öffentlichkeitswerbung – ebenso wie in § 10 Abs. 1 HWG geregelt – für Arzneimittel, die nur auf ärztliche Verschreibung hin abgegeben werden dürfen, insgesamt und damit ebenso medienübergreifend verboten ist.

⁹⁷⁵ Siehe lediglich Art. 3e Abs. 1 f) des durch die Richtlinie 2007/65/EG reformierten Art. 14 Abs. 1 a.F. der Richtlinie 89/552/EWG, der in Entsprechung von Art. 88 Abs. 1 a) der Richtlinie 2001/83/EG (s. Fn. 974) die Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel für audiovisuelle Medien untersagt.

⁹⁷⁶ So lässt auch die eine Vollharmonisierung des Lauterkeitsrechts für den Geschäftsverkehr zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern anstrebende Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (siehe Fn. 414) gem. Art. 3 Abs. 3 die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt, unter Berufung auf den Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Verbraucher Beschränkungen aufrechtzuerhalten oder einzuführen. „Die Mitgliedstaaten können somit unabhängig davon, wo der Gewerbetreibende niedergelassen ist, unter Berufung auf den Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Verbraucher in ihrem Hoheitsgebiet für Geschäftspraktiken Beschränkungen aufrechterhalten oder einführen oder diese Praktiken verbieten, beispielsweise im Zusammenhang mit Spirituosen, Tabakwaren und Arzneimitteln.“, vgl. Erwägungsgrund 9 der Richtlinie. Siehe hierzu auch Köhler/Bornkamm/Köhler, Einl UWG, Rn. 3.56 ff.

II. Für die Glücksspielwerbung relevante Ergebnisse

Im folgenden sollen die auf diesem Teil basierenden Erkenntnisse hervorgehoben werden, die für die im nächsten Teil zu untersuchende Rechtmäßigkeit der Reglementierung der Glücksspielwerbung in den Medien durch den Glücksspielstaatsvertrag von Bedeutung sind.

1. Regulierung der Tabakwerbung

Im Rahmen der Untersuchung der produktspezifischen Regulierung der Tabakwerbung wurden keine für die spätere Überprüfung des § 5 Glücksspielstaatsvertrages hilfreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gefunden. Dies liegt daran, dass die Werbeverbote des VTabakG vom Gemeinschaftsgesetzgeber mit der zweiten Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG vorgegeben wurden und bereits einer gemeinschaftsrechtlichen Prüfung durch den EuGH unterlagen. Da aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts seit dem grundlegenden *Solange-II*-Beschluss⁹⁷⁷ die Rechtsprechung des EuGH „einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleistet, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist“, werden die Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft verfassungsgerichtlich grundsätzlich nicht mehr ergänzend am Maßstab der Grundrechte geprüft. Hinsichtlich der Werbeverbote des VTabakG, die in Umsetzung der vom EuGH als rechtmäßig anerkannten zweiten Tabakwerberichtlinie erlassen wurden, würde das Verfassungsgericht folglich in einem Nichtannahmebeschluss lediglich auf die durch den EuGH bereits vorgenommene Gemeinschaftsgrundrechtsprüfung der diesen Verboten zugrundeliegenden EG-Richtlinie verweisen.⁹⁷⁸ Dies ist der Grund, warum gegen die zweite Tabakwerberichtlinie, aber auch gegen deren Umsetzung im VTabakG nicht seitens der betroffenen Tabakhersteller und -verkäufer im Wege der Verfassungsbeschwerde vorgegangen wurde.

Maßgebliche Erkenntnisse bei den Tabakprodukten geben insofern nur die Ausführungen des EuGH in der zweiten Tabakwerbeentscheidung⁹⁷⁹ bezüglich der Gemeinschaftsrechtmäßigkeit von medienspezifischen Werbeverboten. Hier war für den EuGH der Gesundheitsschutz der Bevölkerung derart elementar, dass er durch

⁹⁷⁷ Urt. v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339-388, 2. Leitsatz.

⁹⁷⁸ Diesbezüglich hat das BVerfG seinen in der *Solange II*-Entscheidung eingeschlagenen Kurs in seiner „Bananenmarkt-Entscheidung“ v. 07.06.2000 (Az. 2 BvL 1/97; BVerfGE 102, 147-166) weiter konkretisiert. So heißt es dort: „Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten, die eine Verletzung in Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geltend machen, sind von vornherein unzulässig, wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des EuGH nach Ergehen der *Solange-II*-Entscheidung unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei.“

⁹⁷⁹ EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg 2006, I-11573.

die Werberegulierungen der Richtlinie 2003/33/EG gegebene Gemeinschaftsgrundrechtsverletzungen als gerechtfertigt angesehen hat.⁹⁸⁰ Die Problematik der in diesem Zusammenhang für den Erlass auch der zweiten Tabakwerberichtlinie vom EuGH gebilligten und wegen der Beschränkung im damaligen Art. 152 Abs. 4 lit. c) EG von der Literatur erheblich kritisierten Kompetenz-Konstruktion über Art. 95 Abs. 1 EG (jetzt Art. 114 AEUV) kann dagegen auf den im nächsten Teil zu behandelnden Glücksspielstaatsvertrag nicht übertragen werden, weil dieser auf nationaler Ebene auf einer unstrittigen Kompetenzgrundlage erlassen wurde. Damit kann im Ergebnis hier lediglich die für den Glücksspielstaatsvertrag relevante Erkenntnis festgehalten werden, dass gemeinschaftsweit der Gesundheitsschutz der Bevölkerung derart Bedeutung hat, dass für diese Produkte vom Gemeinschaftsgesetzgeber gezielte Medienverbote normiert und vom EuGH anschließend auch gebilligt wurden.

2. Regulierung der Alkoholwerbung

Da in Deutschland für alkoholhaltige Produkte nur inhaltliche Werbebeschränkungen bestehen, aber keine Werbeverbote für bestimmte Medien, gibt es wie bei den Tabakerzeugnissen keine Rechtsprechung, die deren Recht- und Verfassungsmäßigkeit überprüfen konnte. Im Hinblick auf die vorzunehmende Prüfung des § 5 GlüStV kann insofern vergleichend nur die Rechtsprechung des EuGH zu den medialen Alkoholwerbverboten anderer Mitgliedstaaten herangezogen werden. In dieser bestätigt sich jedoch die bei der Tabakwerbung festgestellte Tendenz des Gerichtshofs, unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes Eingriffe in die Grundfreiheiten zu akzeptieren, da er hier – im Unterschied zu den Verfahren gegen die europäischen Tabakwerberichtlinien – auch den Landesgesetzgebern nationaler Werberegulierungen im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung einen weiten Beurteilungsspielraum zugestanden hat. So reichte es nach dem EuGH bereits aus, wenn die gewählte medien spezifische Regelung geeignet war, den Kontakt zwischen dem Publikum und der Werbebotschaft für das gesundheitsschädliche Produkt zu

⁹⁸⁰ Der EuGH nimmt keine wirkliche Güterabwägung zwischen Berufsfreiheit, Meinungsfreiheit und dem mit der Tabakwerberichtlinie zu verfolgenden Zweck vor, Wettbewerbsverzerrungen durch unterschiedliche Werbereglementierungen im Binnenmarkt zu vermeiden und übergeht die eigentliche Problematik der Trennung von Gesundheitsschutz und Binnenmarktregulierung unter Umgehung des Art. 152 Abs. 4 lit. c) EG durch die Feststellung, dass die Maßnahmen der Richtlinie 2003/33/EG „in Anbetracht der Verpflichtung des Gemeinschaftsgesetzgebers, ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu gewährleisten, nicht über das zur Erreichung dieses Zieles erforderliche Maß“ hinausgingen“, EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 147. „Wird der Aspekt des Gesundheitsschutzes bei der Begründung der Kompetenzgrundlage noch als – auch vorhandenes und damit zulässiges – Motiv behandelt, so wird er bei der Prüfung der Erforderlichkeit zum Hauptzweck, an dem sich die ganze Verhältnismäßigkeitsprüfung orientiert“ so Lindner, BayVbl. 2007, S. 304 (305); vgl. EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 39, 92.

verringern. Welche Konsequenzen dies für die Rechtmäßigkeit des § 5 GlüStV hat, wird im dritten Teil dargestellt.⁹⁸¹

3. Regulierung der Heilmittelwerbung

Vorausschauend auf die auf den Gesundheitsschutz der Bevölkerung ausgerichteten Werbeverbote des Glücksspielstaatsvertrages kann hinsichtlich der Regulierung der Heilmittelwerbung nur festgehalten werden, dass die auf dem gleichen Schutzzweck basierenden, dafür aber medienübergreifend geltenden Werbebeschränkungen des HWG seitens des Bundesverfassungsgerichts verfassungsrechtlich nicht beanstandet wurden. Eine Überprüfung der Verfassungskonformität einzelner Regelungen des HWG hat vielmehr nur vereinzelt stattgefunden und auch nie zu einer Verwerfung aufgrund festgestellter Verfassungswidrigkeit geführt.⁹⁸² Medienübergreifende Werbeverbote wurden mangels Normierung im HWG dagegen auch bei dieser Produktgruppe nicht verfassungsgerichtlich beurteilt. Lediglich für das Internet hat das Bundesverfassungsgericht bei der ärztlichen Selbstdarstellung unter Hinweis auf verschreibungspflichtige Arzneimittel eine verfassungsgemäße Auslegung der heilmittelwerblichen Verbotstatbestände angemahnt. Hier zeigt sich – ebenso wie bei der sachlichen Auflistung im Rahmen von Datenbanken – eine Tendenz zur Liberalisierung der Werbung verschreibungspflichtiger Arzneimittel in diesem Medium. Ähnlich wie bei der freiberuflichen Werbung wird damit begonnen, dem gesteigerten Informationsbedürfnis der Verbraucher Rechnung zu tragen.

Insofern stellt sich die Frage, ob auch die anderen, teilweise sehr restriktiven Vorgaben des HWG sowie deren Anwendung durch die Fachgerichte in Zukunft einer dem Werberecht der freien Berufe vergleichbaren liberalisierenden Korrektur des Bundesverfassungsgerichts unterfallen könnten, was dann auch entsprechende Konsequenzen für die Bewertung der ebenso strikten glücksspielrechtlichen Werbeverbote haben könnte. Entscheidend ist aber, dass das Gericht die Nennung verschreibungspflichtiger Arzneimittel im Sonderfall der ärztlichen Selbstdarstellung nur deshalb erlaubt hat, weil in dieser Konstellation die Grundsätze des Selbstdarstellungsrechts des Arztes als Angehöriger der freien Berufe zu beachten waren, denen das Verfassungsgericht – wie im ersten Teil herausgearbeitet – bei auf Werbebeschränkungen basierenden Eingriffen in die Berufsfreiheit grundsätzlich vorgehende Bedeutung beimisst. Demgegenüber kann für das rein produktbezogene Heilmittelwerblich davon ausgegangen werden, dass – ähnlich wie beim Europäischen Gerichtshof – die grundsätzliche Einstellung des Bundesverfassungsgerichts

⁹⁸¹ Siehe unten, S. 298 f.

⁹⁸² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.07.2007, GRUR 2007, S. 1083; Beschl. v. 20.03.2007, GRUR 2007, S. 720 (721) m.w.N. sowie zu § 10 Abs. 1 HWG Beschl. v. 30.04.2004, NJW 2004, S. 2660; zu § 11 HWG Beschl. v. 09.11.1992 – 1 BvR 175/88 (juris). *Sieben* (MedR 2005, S. 637 (637)) geht dagegen davon aus, dass von einer gefestigten verfassungsrechtlichen Rechtsprechung nicht gesprochen werden könne.

besteht, im Falle der der Gesundheit der Bevölkerung dienenden Werbebeschränkungen und -verbote die betroffenen Grundrechte der werbenden nicht-freiberuflichen Unternehmen und sonstigen Dritten wertungsgemäß niedriger anzusetzen und somit auch entsprechende Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen. Dass bisher keine der Werbebeschränkungen des HWG verfassungsgerichtlich beanstandet wurden, spricht ebenso dafür, dass das höherrangige Rechtsgut der öffentlichen Gesundheit im Bereich produktbezogener Werbung als ein Gemeinschaftsgut von so hohem Rang anzusehen ist, dass auch empfindliche Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit infolge von medienspezifischen Werbebeschränkungen als gerechtfertigt zu beurteilen sind. Ob diese Einschätzung durch die Überprüfung der Werbeverbote des GlüStV bestätigt wird, soll im nachfolgenden Teil untersucht werden.

Dritter Teil: Medienspezifische Werbeverbote im Glücksspielstaatsvertrag

Im dritten Teil dieser Arbeit sollen die medienspezifischen Werbeverbote des Glücksspielstaatsvertrages dargestellt und ihre verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Rechtmäßigkeit mit Hilfe der aus der Bearbeitung der produktspezifischen Werbeverbote gewonnenen Erkenntnisse geprüft werden.

A. Entwicklung des Glücksspielstaatsvertrages

Reguliert wird das Lotterien- und Sportwettenrecht sowie einzelne Bereiche des Spielbankenrechts seit dem 1. Januar 2008 durch den Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV). Mit diesem höchst umstrittenen Regelungswerk, dessen zum 1. Juli 2012 novellierte Fassung auch Pferdewetten und Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeiten erfasst, wurde das deutsche Glücksspielrecht maßgebend neu geregelt.⁹⁸³

⁹⁸³ Beide Fassungen sind abzurufen unter <http://www.gluestv.de/Gesetzesdatenbank/Staatsvertraege> (Zugriff März 2013).

Anlass hierfür war ein Urteil des BVerfG vom 28. März 2006, das die vorherige Ausgestaltung des staatlichen Sportwettenmonopols durch den Lotteriestaatsvertrag für verfassungswidrig erklärte und dem Gesetzgeber zur Neugestaltung des Glücksspielrechts eine Umsetzungsfrist bis zum 31. Dezember 2007 gab. Die legislativen Konsequenzen der Entscheidung haben unzählige Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit der deutschen Glücksspielregulierung hervorgerufen, in deren Folge der GlüStV inzwischen in unzähligen verwaltungsgerichtlichen Verfahren und auch in der juristischen Literatur höchst unterschiedliche Bewertungen erfahren hat.

Da das Glücksspiel ein gewichtiger Wirtschaftsfaktor für den Staat wie für private Anbieter und -vermittler ist, gleichsam aber auch anerkanntermaßen zu krankhaftem Suchtverhalten führen kann,⁹⁸⁴ ist das Glücksspielrecht umstritten wie kaum ein anderes deutsches Rechtsgebiet. Diese Arbeit soll daher einen klärenden Beitrag leisten und die im Staatsvertrag in § 5 enthaltenen medienspezifischen Werbeverbote für öffentliche Glücksspiele untersuchen. Die auf dieser Norm basierende konkrete Reglementierung einzelner Werbemaßnahmen soll dabei nicht näher analysiert werden, vielmehr sollen die durch den GlüStV gesetzten grundsätzlichen Beschränkungen für Werbung in den Medien hinsichtlich ihrer Verfassungs- und Europarechtskonformität geprüft werden. Hierfür sollen insbesondere auch die in den beiden vorangegangenen Teilen herausgearbeiteten rechtlichen Vorgaben des BVerfG und des EuGH zu produkt- und berufsspezifischen Werbeverboten herangezogen werden. Weitere umstrittene Fragen wie etwa die Zulässigkeit der glücksspielstaatsvertraglichen Monopolregelung sowie die Geltung von EU-ausländischen Genehmigungen⁹⁸⁵ oder die Gültigkeit der sog. DDR-Konzessionen⁹⁸⁶ bilden hingegen nicht den Gegenstand dieser Abhandlung.

⁹⁸⁴ Dies auch feststellend BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1263, Rn. 99). – Siehe umfassend zur Glücksspielsucht die Darstellung von *Gebhardt/Gohrke*, in: Glücksspiel in Deutschland, S. 533 ff. sowie zu den Problemen und Gefahren des Glücksspiels und zum Gefahrenpotential der einzelnen Glücksspiele auch *Fischer*, Recht der Glücksspiele, S. 28 ff. sowie *Diegmann/Hoffmann/Ohlmann*, Praxishandbuch Spielrecht, S. 105 ff. Zudem wird das erhebliche Suchtpotential durch eine Erhebung der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung von Juli 2008 bestätigt (vgl. BZgA, Glücksspielverhalten und problematisches Glücksspielen in Deutschland 2007, Ergebnisbericht Juli 2008, <http://www.bzga.de>; Zugriff März 2010).

⁹⁸⁵ So begründen Sportwettenanbieter mit Lizenzen aus europäischen Mitgliedstaaten mit liberaleren Regelungen, wie etwa Gibraltar, Großbritannien oder Österreich ihre Angebote in Deutschland mit der europäischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. – Hierzu hat der EuGH jedoch entschieden, dass die Mitgliedstaaten aufgrund ihres weiten Ermessensspielraumes im Bereich des Glücksspielrechts und angesichts fehlender gemeinschaftlicher Harmonisierung nicht verpflichtet sind, von anderen Mitgliedstaaten erteilte Erlaubnisse anzuerkennen, vgl. EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07, GewArch 2010, S. 444 (448, Rn. 112).

⁹⁸⁶ Siehe hierzu BVerfG, Urt. v. 01.06.2011, Az. 8 C 5/10, ZfWG 2011, S. 304, 1. Leitsatz, wonach die Regelungen des GlüStV auch für Inhaber dieser DDR-Lizenzen gelten. – Zum vorherigen Streitstand siehe *Dietlein*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2012, Einf., Rn. 6 sowie *Schöttle*, K&R 2008, S. 155 (159); *Fischer*, Recht der Glücksspiele, S. 120 ff.; *Postel*, ZfWG 2007, S. 181 ff.,

I. Vorgängerregelung Lotteriestaatsvertrag vom 01. Juli 2004

Die Lotterien und Sportwetten, die nunmehr bundeseinheitlich im GlüStV geregelt sind, waren bis 2004 in einzelnen Landesgesetzen reglementiert.⁹⁸⁷ Nach diesen waren Erlaubnisse für die Veranstaltung von Glücksspielen und Sportwetten dem Grunde nach möglich, wurden den privaten Anbietern aufgrund hoher Zulassungshürden der zuständigen Behörden jedoch nicht erteilt, was ein bundesweites Glücksspielmonopol des Staates zur Konsequenz hatte.⁹⁸⁸ Zum 01. Juli 2004 führten die Bundesländer ihre Lotterie- und Sportwettengesetze in einem einheitlichen Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland (LottStV⁹⁸⁹) zusammen.⁹⁹⁰ Mit dem Staatsvertrag wurden die Rahmenbedingungen für die Veranstaltung von Glücksspielen und die Zulassung und Durchführung von Lotterien und Sportwetten bundesländerübergreifend vereinheitlicht, so dass zum ersten Mal bundesweit gleiche Voraussetzungen für entsprechende Genehmigungen galten.⁹⁹¹

Grundsätzlich sollte bereits durch die Regelungen des LottStV der natürliche Spieltrieb der Bevölkerung begrenzt und gelenkt werden, insbesondere ein Ausweichen auf nicht erlaubte Glücksspiele verhindert sowie sichergestellt werden, dass Glücksspiele ordnungsgemäß und unter Vermeidung übermäßiger Spielanreize angeboten und durchgeführt werden.⁹⁹² Deswegen wurde den Ländern in § 5 Abs. 1 LottStV die ordnungsrechtliche Aufgabe übertragen, selbst die Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebotes wahrzunehmen. Glücksspiele mit einem besonderen Gefährdungspotential wurden dafür den in § 5 Abs. 2 LottStV genannten staatlichen Veranstaltern vorbehalten. Zwar enthielt § 6 LottStV einen Erlaubnistatbestand für öffentlich veranstaltete Lotterien, wegen der von § 7 LottStV aufgestellten Versagungsgründe war es aber kaum möglich, eine solche Erlaubnis zu erhalten.⁹⁹³ Da zudem die Genehmigung anderer Glücksspiele als die in § 6 ff. LottStV abschließend aufgeführten sowie die Zulassung privater Sportwettenanbieter nicht vorgesehen war, hatte auch der LottStV im Ergebnis wieder ein staatliches Glücksspielmonopol zur Folge.⁹⁹⁴

S. 328 ff.; *Scholz/Weidemann*, ZfWG 2007, S. 83 ff.; *Fackler*, K&R 2006, S. 313 ff.; *ders.*, Fernsehen und Glücksspiel, S. 146 ff.; *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 231 ff.

⁹⁸⁷ *Schöttle*, K&R 2008, S. 155 (157). – Siehe zur damaligen Rechtslage die Nachweise bei *Ennuschat*, ZfWG 2008, S. 83 (84, Fn. 5).

⁹⁸⁸ *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 120 f. m.w.N.

⁹⁸⁹ Zu finden unter <http://gluestv.de/Gesetzesdatenbank/Staatsvertraege/Lotteriestaatsvertrag> (Zugriff März 2013).

⁹⁹⁰ *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 120.

⁹⁹¹ *Schöttle*, K&R 2008, S. 155 (157).

⁹⁹² So § 1 des LottStV, der dessen Ziele näher umschreibt. – Siehe auch die Darstellung zur rechtshistorischen Entwicklung von Lotterien und Glücksspielen bei *Oblmann*, ZfWG 2007, S. 101 ff.

⁹⁹³ *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 121.

⁹⁹⁴ Ebenda.

II. Sportwetten-Entscheidung des BVerfG vom 28. März 2006

Mit Urteil vom 28. März 2006⁹⁹⁵ stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Rechtslage in Bayern⁹⁹⁶ unter Geltung des Lotteriestaatsvertrages und des bayerischen Staatslotteriegesetzes nicht mit dem Verfassungsrecht vereinbar war. In dieser sog. „Sportwetten-Entscheidung“ kam das BVerfG zu dem Ergebnis, dass sowohl die rechtliche als auch die tatsächliche Ausgestaltung des staatlichen Glücksspielmonopols und die bis dahin bestehende Praxis hinsichtlich der Veranstaltung, Vermittlung und Bewerbung von Sportwetten in ihrer bisherigen Form nicht mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sei, weil sie nicht konsequent am Ziel der Suchtbekämpfung ausgerichtet sei.⁹⁹⁷ Das staatliche Wettmonopol des LottStV bilde ein Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel der Begrenzung und Bekämpfung der Spielsucht einerseits und den durch die Glücksspieleinnahmen gerierten fiskalischen Interessen des Staates andererseits.⁹⁹⁸ Es fehle aus Sicht der Richter dabei an entsprechenden Regelungen, die eine konsequente und aktive Ausrichtung des Sportwettangebots am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und Suchtbekämpfung materiell und strukturell gewährleisteten.⁹⁹⁹ Die im LottStV geregelten maßgeblichen Ziele und Vorgaben würden nicht ausreichen, um diese dem Wettmonopol zugrundeliegenden gewichtigen Gemeinwohlbelange zu verwirklichen.¹⁰⁰⁰

Das BVerfG kritisierte in dieser Grundsatzentscheidung ebenfalls scharf die breit angelegte Glücksspielwerbung, in der „das Wetten als sozialadäquate, wenn nicht sogar positiv bewertete Unterhaltung dargestellt wird“.¹⁰⁰¹ Zwar dürfe nach § 4 Abs. 3 LottStV die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen den Erfordernissen des Jugendschutzes nicht zuwiderlaufen und entsprechende Werbemaßnahmen nach Art und Umfang nicht irreführend und unangemessen sein.¹⁰⁰² Dies gewährleiste jedoch allein noch nicht eine Begleitung des Wettangebots durch aktive Maßnahmen zur Suchtbekämpfung und zur Begrenzung der Wettleidenschaft. Vor allem die Anforderungen an Werbemaß-

⁹⁹⁵ Az. 1 BvR 1054/01, NJW 2006, S. 1261 (1261 f.).

⁹⁹⁶ BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1265 f.) Dass diese Beurteilung der Rechtslage nicht nur für Bayern, sondern ebenso für die anderen Länder galt, hat das Gericht anschließend in den Beschlüssen v. 04.07.2006 – 1 BvR 138/05, ZfWG 2006, S. 134 f.; 02.08.2006 – 1 BvR 2677/04, ZfWG 2006, S. 136 ff.; 29.08.2006 – 1 BvR 2772/04, WM 2006, S. 1930 f.; 27.12.2007 – 1 BvR 3082/06, ZfWG 2008, S. 42 ff. und 21.01.2008 – 1 BvR 2320/00, ZfWG 2008, S. 44 ff. für Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Berlin-Brandenburg sowie Thüringen ausdrücklich festgestellt.

⁹⁹⁷ BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1265, Rn. 126 f.).

⁹⁹⁸ BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1265, Rn. 123 f.).

⁹⁹⁹ BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1265, Rn. 123 u. 126).

¹⁰⁰⁰ BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1265, Rn. 455).

¹⁰⁰¹ BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1266, Rn. 136). Hierauf hinweisend *Brugger*, ZfWG 2009, S. 256 (256).

¹⁰⁰² BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1265, Rn. 131). – Kritisch zu § 4 LottStV auch *Horn/Fischer*, GewArch 2005, S. 217 (219).

nahmen zielten letztlich nur auf die Verhinderung von grundsätzlich unlauterer oder im Einzelfall übertriebener Werbung, verhinderten aber keine ausschließlich am Ziel expansiver Vermarktung orientierte Werbung.¹⁰⁰³ Vielmehr würden Werbung und Vertrieb des staatlichen Sportwettenangebotes das Erscheinungsbild einer grundsätzlich unbedenklichen Freizeitbeschäftigung erwecken und zum Wetten anreizen.¹⁰⁰⁴ Auch finde lediglich eine indirekte und gegenüber den möglichen Wettteilnehmern nicht aktiv kommunizierte Prävention seitens der staatlichen Anbieter statt.¹⁰⁰⁵ Das BVerfG stellte daher hinsichtlich der staatlichen Werbemaßnahmen im Ergebnis sowohl ein „Regelungs- als auch ein Umsetzungsdefizit“ fest.¹⁰⁰⁶

Zur Novellierung des bisherigen Regelwerkes setzte das BVerfG eine Umsetzungsfrist bis zum 31. Dezember 2007.¹⁰⁰⁷ Dabei überließ es dem Gesetzgeber die Wahl zwischen einer konsequent der Suchtbekämpfung dienenden Ausgestaltung des Wettmonopols oder einer Öffnung des Marktes durch gesetzlich normierte und kontrollierte Zulassung gewerblicher Wettunternehmen.¹⁰⁰⁸

III. Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland

Noch im Verlauf des Jahres 2006 entwickelten die Bundesländer einen ersten Entwurf des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland.¹⁰⁰⁹ Dieser sollte die durch das BVerfG für die Aufrechterhaltung des staatlichen Glücksspielmonopols ausgesprochenen Anforderungen erfüllen.¹⁰¹⁰ Obwohl sich die Entscheidung des BVerfG grundsätzlich auf das Sportwettenmonopol in Bayern bezog, hatte sie somit Folgen für das Sportwettenrecht der übrigen Länder und des Länderglücksspielrechts insgesamt. In der zweiten Entwurfsfassung vom 14. Dezember 2006 wurde der GlüStV schließlich Gesetz und trat zum 1. Januar 2008 in Kraft, wodurch der alte Staatsvertrag für das Lotteriewesen in Deutschland seine Gültigkeit verlor.¹⁰¹¹

Dieser „GlüStV 2008“ enthielt bereits zahlreiche Regelungen, die die Durchführung, Vermittlung und Bewerbung von öffentlichen Glücksspielen normierten

¹⁰⁰³ Vgl. ebenda.

¹⁰⁰⁴ BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1266, Rn. 134).

¹⁰⁰⁵ BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1266, Rn. 141).

¹⁰⁰⁶ So *Brugger*, ZfWG 2009, S. 256 (257).

¹⁰⁰⁷ Dabei erachtete das Gericht die bestehende bayerische Rechtslage nicht für nichtig, sondern lediglich für unvereinbar mit dem Grundgesetz und erklärte sie für im Übergangszeitraum weiterhin anwendbar, siehe BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1266, Rn. 157). Siehe ausführlich zu dieser Weitergeltungsanordnung *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 125-131.

¹⁰⁰⁸ BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1266, Rn. 148).

¹⁰⁰⁹ Der Entwurf vom 22.08.2006 ist abgedruckt in ZfWG 2006, S. 229 ff.

¹⁰¹⁰ Nach den Gesetzeserläuterungen (Erläuterungen zum GlüStV v. 14.12.2006, S. 6 f.) gingen die Länder davon aus, dass die Suchtgefahren mit Hilfe eines auf die Bekämpfung von Glücksspiel-sucht und problematischem Spielverhalten ausgerichteten Monopols mit staatlich verantwortetem Angebot effektiver beherrscht werden könnten als im Wege einer Kontrolle privater Veranstalter.

¹⁰¹¹ Siehe hierzu die jeweiligen Ausführungsgesetze der Länder und vergleichend zu diesen *Brugger*, in *Becker*, Staatsvertrag zum Glücksspielwesen, S. 205 ff. sowie *Barth*, ebenda, S. 215 ff.

und im Vergleich zur Vorgängerregelung des LottStV teilweise erheblich einschränkten.¹⁰¹² Die umfassende Neuregelung erfasste dabei nicht nur die vom Bundesverfassungsgericht behandelten Sportwetten, sondern die der damaligen Gesetzgebungskompetenz der Länder unterfallenden Bereiche des Glücksspielrechts insgesamt, insbesondere auch die Lotterien und Ausspielungen.¹⁰¹³

Die Zentralnorm stellte dabei § 1 GlüStV 2008 dar, der an die vorherigen Ziele des § 1 Lotteriestaatsvertrags anknüpfte, aber stärker die „gefahrenabwehrrechtliche Fundierung“ des Glücksspielstaatsvertrag verdeutlichen sollte.¹⁰¹⁴ Die maßgebliche durch den Staatsvertrag erfolgte glücksspielrechtliche Änderung war jedoch die Einführung einer Erlaubnis für die Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele gem. §§ 4 Abs. 1, 12 Abs. 1, 19 GlüStV 2008. Nicht mehr nur der Veranstalter, sondern auch der jeweilige Spielvermittler bedurfte seitdem einer Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes, ohne dass nach § 4 Abs. 2 S. 3 GlüStV 2008 ein Rechtsanspruch auf die Erteilung dieser Erlaubnis bestand.¹⁰¹⁵ Nach § 12 Abs. 1 Nr. 3 GlüStV 2008 konnte diese Erlaubnis zudem nur erteilt werden, „wenn mit der Veranstaltung keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgt werden, die über den mit dem Hinweis auf die Bereitstellung von Gewinnen verbundenen Werbeeinfluss hinausgehen“. Da jedoch ein Glücksspiel so gut wie nie ohne wirtschaftlichen Zweck veranstaltet wird, verhinderte diese Regelung aufgrund ihrer strikten Anwendung durch die zuständigen Behörden jegliche Erlaubniserteilung an private Anbieter.¹⁰¹⁶ Grundsätzlich blieb es insofern auch unter dem GlüStV 2008 und den dazu ergangenen Ausführungsgesetzen beim bereits mit dem LottStV bezweckten staatlichen Glücksspielmonopol.¹⁰¹⁷

¹⁰¹² Für eine umfassende Darstellung siehe die ausführlichen Gesetzeserläuterungen vom 14.12.2006 (<http://glaestv.de/Gesetzesdatenbank/Staatsvertraege/Gluecksspiel-Staatsvertrag> (Zugriff März 2013)) sowie den Kommentar zum Glücksspielrecht von *Dietlein/Hecker/Ruttig*, München 2008. Siehe auch überblicksartig die Zusammenfassung bei *Thaysen*, Sportwetten in Deutschland, S. 30 ff.

¹⁰¹³ Siehe zur Gesetzgebungskompetenz im Glücksspielbereich *Ciszewski*, Glücksspielregulierung, S. 6 ff.; *Fischer*, Recht der Glücksspiele, S. 79 ff.; *Hettich*, Neue Fragen des öffentlichen Glücksspielrechts, S. 59 ff. sowie *Diegmann/Hoffmann/Ohlmann*, Praxishandbuch Spielrecht, S. 25 ff.

¹⁰¹⁴ So *Dietlein*, in *Dietlein/Hecker/Ruttig*, GlüStV 2008, § 1 GlüStV, Rn. 1.

¹⁰¹⁵ So *Fischer*, Recht der Glücksspiele, S. 77 f. mit weiterführenden kritischen Ausführungen. – Siehe zur Vereinbarkeit des gesetzlichen Erlaubnisvorbehalts mit Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht z.B. *Postel*, in *Dietlein/Hecker/Ruttig*, GlüStV 2008, § 4 GlüStV, Rn. 9 ff.; *Engels*, WRP 2008, S. 470 (473 f.) sowie *Wiring*, ZfWG 2007, S. 206.

¹⁰¹⁶ *Engels*, WRP 2008, S. 470 (473 f.); *Wiring*, ZfWG 2007, S. 203 (206). – Siehe zur Erlaubnispflicht ausländischer Anbieter die Erläuterungen zum GlüStV v. 14.12.2006, S. 12 sowie *Engels*, WRP 2008, S. 470 (474) mit weiterführenden Nachweisen.

¹⁰¹⁷ Die Zulassung privater Glücksspielbetreiber war nach dem begrenzten Rahmen der § 12 ff. GlüStV 2008 nur für die Veranstaltung von sog. gemeinnützigen Lotterien und Ausspielungen mit geringerem Gefährdungspotential vorgesehen. Auch die bestehenden Konzessionen, Genehmigungen und Erlaubnisse, die den staatlichen Anbietern bis zum 01.01.2007 erteilt worden waren, galten nach § 25 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2008 nur bis zum 31.12.2008 fort und mussten gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 GlüStV 2008 nach den Vorgaben des § 4 Abs. 1 GlüStV 2008 neu eingeholt werden.

Auch die weitere Ausgestaltung des GlüStV 2008 richtete sich nach den Vorgaben der Sportwetten-Entscheidung des BVerfG. Gemäß § 4 Abs. 4 GlüStV 2008 wurde das Veranlassen und Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet ausnahmslos und ohne Erlaubnisvorbehalt verboten.¹⁰¹⁸ § 21 GlüStV normierte besondere Beschränkungen für den Bereich der Sportwetten, insbesondere in Abs. 3 die Pflicht, den Ausschluss eines gesperrten Spielers durch Ausweiskontrollen, vergleichbare Identitätskontrollen und Abgleiche mit einer Sperrdatei zu gewährleisten, zu deren Einrichtung die Anbieter nach § 23 GlüStV 2008 verpflichtet waren. In diesem Sperrsystem mussten Selbst- und Fremdsperrungen ermöglicht werden, vgl. § 8 GlüStV 2008. Internetprovider konnten zudem nach § 9 Abs. 1 Nr. 5 GlüStV 2008 behördlich verpflichtet werden, den Zugang zu unerlaubten Glücksspielangeboten zu untersagen.¹⁰¹⁹ Die vom BVerfG geforderte „Kontrollinstanz“¹⁰²⁰ erfolgte in Form der Glücksspielaufsicht (§ 9 GlüStV), die die Einhaltung der Verpflichtungen und Beschränkungen des Glücksspielstaatsvertrages überwachen und die Einführung neuer Spielangebote sowie die erhebliche Erweiterung bestehender Vertriebswege erschweren sollte.

Insgesamt erhielt der GlüStV 2008 damit von den Landesgesetzgebern einen umfangreichen Verbots- und Pflichtenkatalog sowie unterschiedliche Maßnahmen zur Abwehr von Suchtgefahren, um die vom BVerfG aufgestellten Anforderungen für ein verfassungsgemäßes glücksspielrechtliches Regelungssystem zu erfüllen.

IV. Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag

Da der GlüStV 2008 gem. dessen § 28 Abs. 1 nur bis zum 31. Dezember 2011 befristet war, unterzeichneten am 15. Dezember 2011 zunächst 15 Bundesländer¹⁰²¹

¹⁰¹⁸ Hier hatte das BVerfG (NJW 2006, S. 1261 (1266, Rn. 139)) die Spielteilnahme über das Internet als bedenklich angesehen, da dieses keine effektive Kontrolle des Jugendschutzes gewährleiste. Die Anonymität des Spielenden und das Fehlen jeglicher sozialer Kontrolle ließen es den Landesgesetzgebern als notwendig erscheinen, dem staatlichen und gewerblichen Glücksspiel den Vertriebsweg Internet zu verbieten, so die Erläuterungen zum GlüStV v. 14.12.2006, S. 15.

¹⁰¹⁹ Zu den rechtlichen und technischen Problemen, die sich daraus ergeben, siehe *Schöttle*, K&R 2007, S. 366 ff.

¹⁰²⁰ BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1267, Rn. 154).

¹⁰²¹ Lediglich die damalige schleswig-holsteinische Landesregierung setzte zum 01.01.2012 ein liberales Glücksspielgesetz in Kraft (Gesetz zur Neuordnung des Glücksspiels – Glücksspielgesetz vom 20.10.2011, GVOBl. 2011, S. 280), mit dem u. a. der Sportwettenmarkt für alle in einem EU-Mitgliedstaat lizenzierten Veranstalter und das Internet für Lotto, Sportwetten, Poker- und Casinospiele geöffnet wurde und in Folge dessen auch entsprechende Lizenzen erteilt wurden. Die Nachfolgeregierung beschloss jedoch per Parlamentsentscheid mit Wirkung zum 09.02.2013 den Beitritt Schleswig-Holsteins zum Glücksspielstaatsvertrag und die Aufhebung des Glücksspielgesetzes (Aufhebung durch Art. 4 des Gesetzes zur Änderung glücksspielrechtlicher Gesetze vom 01.02.2013, GVOBl. S. 64, 69). – Siehe zu der Problematik des Fortgeltens der auf Grundlage des Glücksspielgesetzes erlassenen Sportwett- und Casinospiele-Lizenzen v.a. das Vorlageverfahren des BGH, Beschl. v. 24.01.2013 – I ZR 171/10 (juris) sowie die Antwort des EuGH v. 12.06.2014, Rs. C-156/13, MMR 2014, S. 554 ff. – *Digibet und Albers*; hierzu unten S. 282 ff.

den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag¹⁰²², dessen wesentlicher Inhalt eine reformierte Fassung des bisherigen Glücksspielstaatsvertrages war. Nachdem der Änderungsstaatsvertrag im Juni 2012 durch die Länder ratifiziert wurde, trat er am 1. Juli 2012 in Kraft und löste den GlüStV 2008 ab.¹⁰²³

Der novellierte GlüStV stellt in vielen Regelungsbereichen eine Weiterentwicklung des alten GlüStV dar.¹⁰²⁴ Von einer vollständigen Neuregelung wurde abgesehen, weil an der bisherigen Regulierung durch den GlüStV und seinen wichtigsten Instrumenten zu ihrer Durchsetzung grundsätzlich festgehalten werden sollte.¹⁰²⁵ So hält der GlüStV 2012 gem. § 10 Abs. 6 am grundsätzlichen Lotteriemonopol der Länder fest, Ausnahmen gelten gem. § 12 ff. GlüStV weiterhin nur für Lotterien mit geringem Gefährdungspotential.

Da es zuletzt kaum noch gelungen sei, die erhebliche Nachfrage auf das nach Angebot und Vertriebsweg eng begrenzte Angebot der staatlichen Veranstalter zu kanalisieren und aufgrund eines bestehenden umfangreichen und nur schwer zu bekämpfenden Schwarzmarktes wurde jedoch im Bereich der Sportwetten von dem bisherigen staatlichen Veranstaltungsmonopol abgewichen¹⁰²⁶ und mit einer vollständig neu gefassten „Experimentierklausel“ für Sportwetten in § 10a i.V.m. §§ 4a bis 4e GlüStV für einen Zeitraum von sieben Jahren ein Konzessionsmodell mit 20 Sportwett-Lizenzen für gewerbliche Anbieter geschaffen.¹⁰²⁷ Desweiteren wurde mit § 4 Abs. 5 GlüStV unter eng begrenzten Erlaubnisvoraussetzungen das Internet für die Veranstaltung und Vermittlung von Lotterien und Sportwetten geöffnet. Ähnlich wie bei der Experimentierklausel soll dadurch „den illegalen Glücksspielangeboten im Internet eine legale, sichere und den Spieler- und Jugendschutz gewährleistende Alternative gegenüber gestellt werden“ und „sich abzeichnenden Tendenzen zur Abwanderung in nicht erlaubte und somit nicht kontrollierte Angebote“ entgegengewirkt werden.¹⁰²⁸

¹⁰²² Erster Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag - Erster GlüÄndStV) vom 15.12.2011.

¹⁰²³ Aufgrund der langwierigen Verhandlungen war es den Landesgesetzgebern nicht gelungen, den Ersten GlüÄndStV als nahtlose Folgeregelung zum GlüStV 2008 zu ratifizieren. Die Umsetzungsgesetze der Bundesländer beinhalteten allerdings eine Fortgeltungsklausel, wonach der GlüStV bis zum Inkrafttreten einer neuen gesetzlichen Regelung weitergalt, siehe *Hecker*, in WRP 2012, S. 523 (524); *Bornemann*, K&R 2012, S. 653 (653) m.w.N.

¹⁰²⁴ Siehe hierzu ausführlich *Hecker*, in WRP 2012, S. 523 ff.

¹⁰²⁵ Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, S. 5, herunterzuladen unter <http://www.gluestv.de/Gesetzesdatenbank/Staatsvertraege/Erster-Gluecksspielaenderungsstaa-tsvertrag> (Zugriff März 2013).

¹⁰²⁶ Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, S. 7 f.

¹⁰²⁷ Der Gesetzgeber begründet diese zahlenmäßige Begrenzung mit der Feststellung, der ganz überwiegende Teil des Marktvolumens der Online-Wettanbieter werde „von einer überschaubaren Zahl - illegal tätiger - Unternehmen generiert [...], die sich nach den Erkenntnissen der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder in der gewählten Größenordnung bewegt“, siehe die Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, S. 11. – Kritisch hierzu *Hecker*, WRP 2012, S. 523 (530).

¹⁰²⁸ Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, S. 6 f.

Darüber hinaus wurde die Zusammenarbeit der Länder fortentwickelt und effektiver ausgestaltet. Für notwendig ländereinheitlich zu führende Verfahren wurde in § 9a GlüStV ein gemeinsames Glücksspielkollegium geschaffen, dessen Entscheidungen von den Behörden eines Landes mit Wirkung für alle Länder nach außen umgesetzt werden können.¹⁰²⁹

Anlässlich der neueren Rechtsprechung des EuGH¹⁰³⁰ zur Reichweite des unionsrechtlichen Kohärenzgebotes in Bezug auf andere, vom GlüStV 2008 nicht erfasste Glücksspielbereiche haben die Landesgesetzgeber¹⁰³¹ desweiteren den Glücksspielsektor der Pferdewetten (§ 2 Abs. 5 i.V.m. § 27 GlüStV) partiell in den staatsvertraglichen Anwendungsbereich aufgenommen. Damit soll die bisher ausschließlich bundesrechtliche Regulierung durch das Rennwett- und Lotteriegesetz ergänzt und unter Berücksichtigung der Besonderheiten dieses Glücksspielsektors dem Regulierungskonzept der Sportwetten angenähert werden, um eine kohärente unionsrechtskonforme Ausgestaltung des deutschen Glücksspielmarktes insgesamt zu erhalten.¹⁰³² Das Internet, in dem Pferdewetten bislang nicht angeboten werden durften, wird deswegen gem. § 27 Abs. 2 S. 2 GlüStV unter Geltung der auch für die Lotterien und Sportwetten maßgeblichen Beschränkungen des § 4 Abs. 5 GlüStV geöffnet. In Folge der EuGH-Rechtsprechung wurde ebenfalls das gewerbliche Automatenpiel in Spielhallen, Gaststätten und Wettannahmestellen aufgrund seiner wachsenden Verbreitung mit den § 2 Abs. 3 und 4 i.V.m. §§ 24 bis 26 GlüStV zusätzlichen Beschränkungen unterworfen, die die automatenbezogenen Regelungen des Bundes in der Gewerbeordnung und der Spielverordnung ergänzen sollen.¹⁰³³ Insbesondere dürfen Automatenspiele wegen ihres hohen Suchtpotentials explizit nicht im Internet angeboten werden, da die Öffnungsmöglichkeit des § 4 Abs. 5 GlüStV ausweislich ihres Wortlautes nicht auf Spielautomaten anwendbar ist. Der GlüStV 2012 regelt somit anders als sein Vorgänger auch die Glücksspielbereiche, die bis dato lediglich bundesrechtlichen Vorgaben unterfielen.¹⁰³⁴

B. Regelungsgehalt des § 5 GlüStV

Nachfolgend wird der Regelungsgehalt der Werbebeschränkungen und -verbote des § 5 GlüStV näher dargestellt. Dies ist erforderlich, da hierauf die anschließende rechtliche Analyse der Verbote im Kontext der Rechtsprechung des BVerfG sowie des EuGH basiert.

Nach § 5 Abs. 1 GlüStV ist Art und Umfang der Werbung für öffentliches Glücksspiel an den Zielen des § 1 GlüStV auszurichten. Weiter darf sich gem. § 5

¹⁰²⁹ Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, S. 13.

¹⁰³⁰ Hierzu siehe unten, S. 281 ff.

¹⁰³¹ Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, S. 1.

¹⁰³² Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, S. 12, 44.

¹⁰³³ Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, S. 13.

¹⁰³⁴ *Dietlein*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2012, Einf, Rn. 1. – Siehe hierzu auch unten, S. 278.

Abs. 2 S. 1 GlüStV Glücksspielwerbung nicht an Minderjährige oder vergleichbar gefährdete Zielgruppen richten. Irreführende Werbung für öffentliches Glücksspiel wird nach § 5 Abs. 2 S. 2 GlüStV verboten, insbesondere solche, die unzutreffende Aussagen über die Gewinnchancen oder Art und Höhe der Gewinne enthält. § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV untersagt weiter die Bewerbung von öffentlichem Glücksspiel im Fernsehen, im Internet sowie über Telekommunikationsanlagen. Nach der Erlaubnismöglichkeit des § 5 Abs. 3 S. 2 GlüStV können die Länder davon abweichend „zur besseren Erreichung der Ziele des § 1 GlüStV Werbung für Lotterien, Sport- und Pferdewetten im Internet und im Fernsehen unter Beachtung der Grundsätze nach den Absätzen 1 und 2 erlauben“. Werbung für Sportwetten im Fernsehen vor oder während der Live-Übertragung von Sportereignissen auf dieses Sportereignis bleibt nach § 5 Abs. 3 S. 3 GlüStV weiter unzulässig. § 5 Abs. 4 GlüStV sieht vor, dass die Länder gemeinsame Richtlinien zur Konkretisierung der nach den Absätzen 1 bis 3 erlaubten Werbung erlassen können. Abschließend verbietet § 5 Abs. 5 GlüStV Werbung für unerlaubte Glücksspiele insgesamt.

Die Anforderungen und Restriktionen des § 5 GlüStV gelten für alle vom Anwendungsbereich des GlüStV erfassten inländischen und ausländischen Glücksspiele.¹⁰³⁵ Insbesondere finden sie ausweislich der Verweisungen in § 2 GlüStV auch Anwendung auf Spielbanken und Pferdewetten sowie auf alle Spielhallen, Gaststätten und Wettannahmestellen der Buchmacher, in denen Geld- oder Warenspielgeräten mit Gewinnmöglichkeiten aufgestellt sind. Gleichwohl gelten sie gem. § 19 Abs. 1 GlüStV sowohl für Veranstalter als auch für gewerbliche Spielvermittler.¹⁰³⁶

I. Vergleich zur vorherigen Fassung des § 5 GlüStV 2008

Musste unter dem LottStV Werbung im Grundsatz angemessen sein und durfte nicht in Widerspruch zu den Zielen des § 1 LottStV stehen (§ 4 Abs. 3 LottStV), so hatte sie sich nach § 5 Abs. 1 GlüStV 2008 auf „Information und Aufklärung über die Möglichkeit zum Glücksspiel zu beschränken“. Dies wurde von § 5 Abs. 2 GlüStV 2008 dahingehend konkretisiert, dass Werbemaßnahmen – sofern sie nicht durch die Absätze 3 und 4 gänzlich verboten waren – nicht gezielt zur Teilnahme am Glücksspiel auffordern, anreizen oder ermuntern sowie sich nicht an Minderjährige oder vergleichbar gefährdete Zielgruppen richten durften. Zudem sollten sie nicht irreführend sein und mussten deutliche Hinweise auf das Verbot der Teilnahme Minderjähriger, die von dem jeweiligen Glücksspiel ausgehende Suchtgefahr und auf Hilfsmöglichkeiten enthalten. § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 untersagte – wie grundsätzlich auch die aktuelle Fassung – die Bewerbung von öffentlichem Glücksspiel im Fernsehen, im Internet sowie über Telekommunikationsanlagen. Abschließend verbot § 5 Abs. 4 GlüStV 2008 Werbung für unerlaubte Glücksspiele insgesamt.

¹⁰³⁵ Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006, S. 15; vgl. Hecker/Ruttig, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2012, § 5, Rn. 1.

¹⁰³⁶ Hecker/Ruttig, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 1.

Die Begrenzungen des § 5 GlüStV 2008 folgen aus der Kritik des BVerfG im oben dargestellten Sportwettenurteil, dass die Anforderungen des LottStV an Werbemaßnahmen nur „auf die Verhinderung von grundsätzlich unlauterer oder im Einzelfall übertriebener Werbung“ zielten, „aber keine ausschließlich am Ziel expansiver Vermarktung orientierte Werbung“ verhinderten.¹⁰³⁷ § 5 Abs. 1 GlüStV 2008 basiert somit wortwörtlich auf den Formulierungen im Sportwettenurteil des BVerfG.¹⁰³⁸ Bei § 5 Abs. 2 S. 1 GlüStV 2008 haben sich die Landesgesetzgeber an die Vorgaben des sog. *Gambelli*-Urteils des EuGH¹⁰³⁹ gehalten, um auch die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an zulässige Glücksspielwerberrestriktionen zu erfüllen.¹⁰⁴⁰ Dabei verlangten die Landesgesetzgeber von den werbenden Glücksspielanbietern und -vermittlern mit der Wiedergabe der höchstrichterlichen Leitlinien in § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV 2008 einen schwierigen Balanceakt, wie *Brugger*¹⁰⁴¹ richtig feststellte: Einerseits wurde in der Begründung zum Glücksspielstaatsvertrag eingeräumt, dass jeder Art von Werbung ein „gewisses Aufforderungs- und Anreizmoment immanent“ sei und aufgrund ihrer bezweckten Kanalisierungsfunktion unentbehrlich sei; andererseits war Werbung nur solange gesetzlich erlaubt, solange sie im zulässigen Rahmen sachlich informiert und dabei noch mit einer Aufklärung des Verbrauchers einhergeht.¹⁰⁴² Gleichzeitig beschränkte das Tatbestandsmerkmal „Vermeidung eines Aufforderungscharakters“ den zulässigen Inhalt und Umfang von Werbemaßnahmen eher, während das ebenfalls normierte Ziel der Kanalisierung auf die legalen Angebote die grundsätzliche Ausbreitung von Werbung unterstütze.¹⁰⁴³

Dass aufgrund dieser gesetzlichen Widersprüche eine Vielzahl teils divergierender gerichtlicher Entscheidungen¹⁰⁴⁴ zur zulässigen Glücksspielwerbung erging und eine erhebliche Rechtsunsicherheit bei den werbenden Veranstaltern und Vermittlern bestand, erkannten auch die Landesgesetzgeber, weswegen sie im Zuge der Novellierung des GlüStV die kritischen Vorgaben und Restriktionen der Abs. 1 und 2 des § 5 GlüStV zurücknahmen.¹⁰⁴⁵

¹⁰³⁷ BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1265, Rn. 131). Hierauf hinweisend *Hecker/Ruttig*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 2.

¹⁰³⁸ Siehe BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1267, Rn. 151).

¹⁰³⁹ Siehe NJW 2004, S. 139 (141, Rn. 69).

¹⁰⁴⁰ *Heermann*, WRP 2008, S. 479 (488).

¹⁰⁴¹ *ZfWG* 2009, S. 256 (257 f.).

¹⁰⁴² *Brugger*, *ZfWG* 2009, S. 256 (258).

¹⁰⁴³ *Heermann*, WRP 2008, S. 479 (485).

¹⁰⁴⁴ *Engels*, WRP 2008, S. 470 (475) nahm Anfang 2008 noch eine optimistische Haltung ein und prophezeite nur wenige Schwierigkeiten bei der Auflösung des beschriebenen Spannungsverhältnisses in der Praxis.

¹⁰⁴⁵ Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, S. 28.

II. Vorgaben und Beschränkungen der Absätze 1 und 2 i.V.m. der auf Abs. 4 basierenden Werberichtlinie

Ausweislich der Gesetzesbegründung ist mit § 5 GlüStV 2012 im Vergleich zur Vorgängerfassung des § 5 GlüStV 2008 ein neuer Regelungsansatz gewählt worden, bei dem alle im bisherigen § 5 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GlüStV 2008 enthaltenen Beschränkungen gestrichen wurden.¹⁰⁴⁶ Art und Umfang der Werbung für öffentliches Glücksspiel hat sich nach dem geltenden § 5 Abs. 1 GlüStV nurmehr an den Zielen des § 1 GlüStV auszurichten und darf sich nach Abs. 2 nicht an Minderjährige oder vergleichbar gefährdete Zielgruppen richten oder irreführend sein, insbesondere nicht unzutreffende Aussagen über die Gewinnchancen oder Art und Höhe der Gewinne enthalten. Die Neufassung enthält damit kein gesetzliches Verbot der anreizenden, ermunternden und auffordernden Werbung mehr. Ebenso wurde die Vorgabe gestrichen, die Werbung mit Warnhinweisen in Bezug auf die Suchtgefahren, das Verbot der Teilnahme Minderjähriger und Hilfsmöglichkeiten auszustatten.¹⁰⁴⁷

Vielmehr soll die aufgrund der Ermächtigungsnorm in § 5 Abs. 4 GlüStV geschaffene und nach Veröffentlichung in den jeweiligen Gesetzesblättern der Länder zum 1. Februar 2013 in Kraft getretene gemeinsame Werberichtlinie der Länder den nunmehr allgemeiner gefassten Regelungsbereich des § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GlüStV für die Praxis individuell konkretisieren, vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 der Werberichtlinie (im folgenden „GlüStV-WerbeRiLi“).¹⁰⁴⁸ Sie bindet als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift auch die Gerichte¹⁰⁴⁹ und erfasst nach ihrem § 1 Abs. 1 S. 2 Werbung für alle Arten von öffentlichen Glücksspielen, die dem Glücksspielstaatsvertrag unterfallen.¹⁰⁵⁰ Insbesondere findet sich in ihr die im GlüStV nicht enthaltene Definition, was unter Werbung im Sinne dieses Regelungsverwerkes zu verstehen ist. So gilt gem. § 2 Abs. 1 GlüStV-WerbeRiLi als Werbung „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handelsgewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern.“¹⁰⁵¹ Damit liegt der Richtlinie ein weiter Werbebegriff zugrunde, der jede kommerzielle

¹⁰⁴⁶ Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, S. 28.

¹⁰⁴⁷ Vergleichbare Pflichthinweise gibt jedoch § 13 GlüStV-WerbeRiLi vor.

¹⁰⁴⁸ Siehe auch die Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, S. 28 f. – Dabei handelt es sich jedoch nicht um grundlegend neue Regelungen. Bereits unter dem GlüStV 2008 zählten die „Werberichtlinien der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder zu § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GlüStV“ beispielhaft zulässige bzw. unzulässige Werbeaktivitäten auf.

¹⁰⁴⁹ Vgl. § 17 GlüStV-WerbeRiLi sowie Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, S. 30. – Kritisch bzgl. der Beschränkung der Berufsfreiheit der Werbenden durch die Werberichtlinie als Verwaltungsvorschrift *Bornemann*, K&R 2012, S. 653 (657).

¹⁰⁵⁰ Gem. § 1 Abs. 5 GlüStV-WerbeRiLi lässt sie die Verhaltensregeln des Deutschen Werberats über die kommerzielle Kommunikation für Glücksspiele und dessen Entscheidungen unberührt. Auf diese freiwilligen Verhaltensregeln, die lediglich ergänzende inhaltliche Vorgaben an die Glücksspielwerbung stellen, soll im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden.

¹⁰⁵¹ Die amtliche Begründung zur vorherigen Fassung des GlüStV nahm Bezug auf die gleichlautende Definition des BGH aus BGH, Urt. v. 09.06.2005 – I ZR 279/02, NJW 2005, S. 3716 (3717),

Kommunikation mit Absatzförderungsabsicht erfasst. Die werbende Äußerung muss also nicht notwendigerweise dazu bestimmt sein, den eigenen Absatz von Waren oder die eigene Erbringung von Dienstleistungen zu fördern, ein Förderungswille für Leistungen und Angebote Dritter wird als ebenfalls ausreichend angesehen werden müssen.¹⁰⁵²

Der zweite Teil der Richtlinie enthält medienunabhängige allgemeine Anforderungen an Werbung für öffentliches Glücksspiel. Um mit den Vorgaben des § 5 GlüStV vereinbar zu sein, haben Werbemaßnahmen so die in § 3 Abs. 1 S. 2 GlüStV-WerbeRiLi aufgezählten generellen Vorgaben zu berücksichtigen und sind gem. § 3 Abs. 2 GlüStV-WerbeRiLi unter Berücksichtigung der spezifischen Gefährdungspotentiale der einzelnen Glücksspielprodukte an den gleichrangigen Zielen des § 1 GlüStV auszurichten. § 3 Abs. 3 S. 1 GlüStV-WerbeRiLi stellt klar, dass nur für zugelassene Glücksspielanbieter und -produkte geworben werden darf. Deren Werbung darf Informationen über das Unternehmen, Spielangebote und Spielregeln sowie Suchtprävention und Jugendschutz zum Inhalt haben (§ 3 Abs. 3 S. 2 GlüStV-WerbeRiLi). Daneben sind Informationen über Veränderungen des beworbenen Glücksspiels oder seines Vertriebswegs ebenso wie Imagewerbung für das Unternehmen und Dachmarkenwerbung zulässig, sofern nicht unter derselben Dachmarke auch illegale Glücksspiele angeboten werden (§ 3 Abs. 3 S. 3 u. 4 GlüStV-WerbeRiLi). Informationen des Unternehmens über die Förderung gemeinnütziger Zwecke werden ebenfalls erlaubt (§ 3 Abs. 3 S. 5 GlüStV-WerbeRiLi).

Weiter enthält § 4 Abs. 1 GlüStV-WerbeRiLi einen enumerativen Katalog von zehn Tatbeständen unerlaubter Werbung, die nicht den Anforderungen des § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV entsprechen sollen. § 4 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GlüStV-WerbeRiLi erschöpfen sich dabei weitestgehend in einer Wiederholung der Vorgaben des § 5 Abs. 2 GlüStV.¹⁰⁵³ Da das Irreführungsverbot des § 4 Abs. 1 Nr. 2 GlüStV-WerbeRiLi nicht weiter konkretisiert wird, werden diesbezüglich – wie auch bereits unter dem GlüStV 2008 – die lauterkeitsrechtlichen Grundsätze des § 5 UWG Anwendung finden.¹⁰⁵⁴ Verboten wird darüber hinaus jede Werbung, die in ausschließlicher

siehe die Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006, S. 16. Die Landesgesetzgeber haben somit davon abgesehen, einen für den GlüStV eigenständigen Werbebegriff zu schaffen, sondern übernehmen die Definition des Art. 2 Nr. 1 der Irreführungsrichtlinie (Richtlinie 84/450/EWG, ABl. L 250 v. 19.09.1984, S. 17), vgl. *Hecker/Ruttig*, in *Dietlein/Hecker/Ruttig*, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 17 m.w.N.

¹⁰⁵² *Heermann*, WRP 2008, S. 479 (483).

¹⁰⁵³ Lediglich der Kreis der „vergleichbar gefährdeten Zielgruppen“ i.S.d. § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV-WerbeRiLi wird in § 4 Abs. 2 GlüStV-WerbeRiLi näher definiert als „Spieler mit problematischen oder pathologischem Spielverhalten sowie Spieler in finanziellen Schwierigkeiten“. Werbung soll sich nach § 4 Abs. 2 S. 2 GlüStV-WerbeRiLi an sie richten, „wenn sie sich nach Inhalt, Form oder Verbreitungsart überwiegend an diese wendet oder als akustischer oder visueller Schlüsselreiz (sog. Trigger) eingesetzt wird.“

¹⁰⁵⁴ Siehe weiterführend *Hecker/Ruttig*, in *Dietlein/Hecker/Ruttig*, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 42 sowie *Becker*, in *ZfWG* 2012, S. 229 (237 f.).

und einseitiger Weise den Nutzen des Glücksspiels betont (Nr. 3), die für unerlaubtes Glücksspiel wirbt (Nr. 4) und suggeriert, dass Glücksspiel die finanzielle Situation verbessern könnte (Nr. 5). Weiterhin ist Werbung verboten, die den Anschein erweckt, dass Glücksspiel finanziellen oder sozialen Problemen und psychosozialen Konflikten entgegenwirken kann (Nr. 6) oder dazu ermutigt, Verluste zurückzugewinnen oder Gewinne wieder zu investieren (Nr. 7). Außerdem darf Werbung nicht den Zufallscharakter des Glücksspiels unangemessen darstellen (Nr. 8) oder den Verzicht auf Glücksspiel abwertend erscheinen lassen (Nr. 9). Das Glücksspiel darf zudem nicht als Gut des täglichen Lebens dargestellt werden (Nr. 10). § 12 GlüStV-WerbeRiLi stellt ergänzend klar, dass Trikot- und Bandenwerbung nur in Form der Dachmarkenwerbung zulässig ist, jedoch nicht auf Trikots von Kinder- und Jugendmannschaften platziert und nicht bei Sportwettkämpfen von Minderjährigen eingesetzt werden darf. § 13 GlüStV-WerbeRiLi enthält abschließend Vorgaben mit Pflichthinweisen.

Bereits unter den noch restriktiveren Vorgaben des § 5 GlüStV 2008 wurde Glücksspielwerbung als zulässig angesehen, die in sachlicher Form darüber informiert, dass der Werbende überhaupt ein Glücksspiel veranstaltet, wo und wann dieses stattfindet und unter welchen Bedingungen der Adressat der Information daran partizipieren kann.¹⁰⁵⁵ Aufgrund der nun in § 1 Ziff. 2 GlüStV explizierten normierten Zielsetzung, den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken, muss dieses erst recht gelten. Auch weiterhin muss es zudem erlaubt sein, über die Möglichkeit zur Teilnahme und deren formalen Voraussetzungen hinaus auch eine gewisse Attraktivität der angebotenen legalen Glücksspiele darzubieten.¹⁰⁵⁶ Eine Beschränkung nur auf die Teilnahmemodalitäten würde schließlich dem staatsvertraglichen Ziel der Kanalisierung auf die erlaubten Glücksspielangebote lediglich in einem sehr geringen Umfang gerecht werden.¹⁰⁵⁷ Deswegen ist davon auszugehen, dass Veranstalter und Vermittler von erlaubten Glücksspielen auch unter den Kriterien der §§ 3, 4 GlüStV-WerbeRiLi weiterhin alle Informationen nennen dürfen, die für den Verbraucher und seine Entscheidung, ob er am beworbenen Glücksspiel teilnehmen möchte, relevant sind (wie Zeitpunkt der Ausschüttung, Mindest- bzw. Höchsteinsatz, Teilnahmegebühren, Mindestalter etc.) und mitteilen können, welche Gewinne mit welchen Gewinnchancen dem Teilnehmer zustehen und wie die Überschüsse der Veranstalter verwendet werden.¹⁰⁵⁸ Letztlich wird aber die Zulässigkeit einer Werbemaßnahme nach § 5 GlüStV auch unter Beachtung der Werberichtlinie immer nur im Einzelfall unter Berücksichtigung des Gesamtbildes der Maßnahme abschließend beurteilt werden

¹⁰⁵⁵ Heermann, WRP 2008, S. 479 (484).

¹⁰⁵⁶ So bereits für den GlüStV 2008 Hecker/Ruttig in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 26.

¹⁰⁵⁷ So bereits für den GlüStV 2008 Hecker/Ruttig in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 25 f.

¹⁰⁵⁸ Heermann, WRP 2008, S. 479 (484); Hecker/Ruttig, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 25 u. 27 f. Siehe weiterführend auch Brugger, ZfWG 2009, S. 256 (257).

können. Angesichts der mit dem neuen Glücksspielstaatsvertrag geregelten Vielzahl unterschiedlicher Glücksspielarten, die mit jeweils unterschiedlichen Werbeformen und -ansprachen vermarktet werden, bedarf die genaue Ausgestaltung der teilweise nicht ausreichend definierten Vorgaben der Werberichtlinie in Zukunft sicherlich noch gerichtlicher Klärungen.

III. Medienspezifische Werbeverbote des Absatz 3

§ 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV verbietet Werbung für öffentliches Glücksspiel im Fernsehen, Internet und über Telekommunikationsanlagen. Ausweislich der Gesetzeserläuterungen zum GlüStV 2008 wurde dagegen von einem Verbot der unverlangten Übermittlung von Werbematerial und Spielangeboten per Post abgesehen, damit der Postweg „als traditioneller, keine unmittelbare Reaktion des Empfängers anreizende und somit hinsichtlich des Suchtpotentials vertretbarer Vertriebsweg“ weiterhin eröffnet bleibt.¹⁰⁵⁹ Ebenso ergibt sich im Umkehrschluss aus den in Abs. 3 enthaltenen expliziten Verboten, dass Glücksspielwerbung zudem in sämtlichen Printmedien in Form von Anzeigen und Beilagen sowie an öffentlichen Plätzen (z.B. in Form von Außenwerbung auf Plakaten und Litfaßsäulen), im Hörfunk und auch im Kino zulässig ist.¹⁰⁶⁰ Werbung in diesen Medien hat – neben den speziell für die Sportwetten geltenden Vorgaben des § 21 Abs. 4 GlüStV – jedoch immer die allgemeinen inhaltlichen und formellen Vorgaben der Werberichtlinie zu beachten. Speziell für die Kinowerbung findet sich dort in § 9 eine Zeitenbeschränkung derart, dass Glücksspielwerbung bei öffentlichen Filmveranstaltungen erst ab 18.00 Uhr zulässig ist. Auch die Hörfunkwerbung wird gezielt reglementiert und darf gem. § 11 GlüStV-WerbeRiLi keine prägenden Elemente enthalten, die auch Bestandteil von Kindersendungen sind und nicht auf Eigenwerbekanälen von Anbietern öffentlicher Glücksspiele erfolgen.¹⁰⁶¹ Die medienspezifischen Möglichkeiten zur Glücksspielbewerbung sind damit zwar eingeschränkt, trotzdem aber innerhalb der von § 5 Abs. 3 GlüStV nicht verbotenen Medien noch vorhanden.

1. Fernsehwerbeverbot gem. § 5 Abs. 3 S. 1 1. Alt. GlüStV

§ 5 Abs. 3 S. 1 1. Alt. GlüStV enthält ein umfassendes Werbeverbot im Fernsehen i.S.d. § 7 RStV, das Spotwerbungen, Dauerwerbesendungen sowie Teleshopping und Produktplatzierungen erfasst.¹⁰⁶² Begründet wurde das Verbot in den Geset-

¹⁰⁵⁹ Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006, S. 16 f.

¹⁰⁶⁰ Hecker/Ruttig, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2012, § 5, Rn. 74.

¹⁰⁶¹ Wobei dieses wie bei § 8 Abs. 4 GlüStV-WerbeRiLi (s. Fn. 1066) nicht gilt für Angebote der Rennvereine, die ihre Rennen, die in Ausführung von § 1 RennwettLottG durchgeführt werden, in die ihnen angebundene Vertriebsnetze übertragen.

¹⁰⁶² Der noch im GlüStV 2008 enthaltene Verweis auf Sponsoring im Sinne des § 8 RStV wurde gestrichen, so dass Sponsorhinweise, die sich auf eine Nennung des Namens oder der Firma des

zeseerläuterungen damit, dass das Medium Fernsehen die größte Breitenwirkung erziele und häufig besonders auf Jugendliche und andere gefährdete Gruppen ausgerichtet sei.¹⁰⁶³ Damit trage Werbung in diesem Medium durch seine Reichweite in besonderem Maß zum Gefährdungspotential von Glücksspielen bei. Nicht zuletzt bei Werbeverboten für andere Produkte habe sich in der Vergangenheit gezeigt, welche Bedeutung und Einflussmöglichkeiten der Fernsehwerbung zuzumessen sei.¹⁰⁶⁴ Zur umfassenden Ausgestaltung des Spielerschutzes und zur Bekämpfung von Suchtgefahren sei es daher unabdingbar, Werbung im Fernsehen zu verbieten.¹⁰⁶⁵

Näher ausgestaltet wird das Werbeverbot durch § 8 GlüStV-WerbeRiLi. Neben einer Wiederholung des Verbotes in § 8 Abs. 1 S. 1 GlüStV-WerbeRiLi stellen Abs. 1 S. 2 und S. 3 klar, dass der Anwendungsbereich des Verbotes unabhängig vom Verbreitungsweg auch für eine Teilbelegung des ausgestrahlten Bildes ebenso wie für den Fernsehtext und audiovisuelle Mediendienste auf Abruf (video on demand) gilt. Gem. Abs. 2 soll vom Verbot umfasst sein auch die Werbung für unentgeltlich angebotene Casinospiele, sofern durch Nutzung derselben Dachmarke damit auf unerlaubte Glücksspiele hingewiesen wird. Nach § 8 Abs. 3 GlüStV-WerbeRiLi sind auch Dauerwerbesendungen für öffentliches Glücksspiel im Fernsehen grundsätzlich unzulässig. Weiter werden nach § 8 Abs. 4 und 5 GlüStV-WerbeRiLi EigenwerbeKanäle von Anbietern öffentlicher Glücksspiele¹⁰⁶⁶ sowie Teleshopping für öffentliches Glücksspiel verboten. Abschließend stellt § 8 Abs. 6 GlüStV-WerbeRiLi klar, dass im Falle erlaubter Werbung im Fernsehen¹⁰⁶⁷ diese keine prägenden Elemente enthalten darf, die auch Bestandteil von Kindersendungen sind.

Eine direkte Ausnahme vom grundsätzlichen Fernsehwerbeverbot findet sich dabei in § 8 Abs. 3 S. 2 GlüStV-WerbeRiLi, wonach Dauerwerbesendungen sowie Ziehungssendungen für Lotterien, die nicht häufiger als zweimal pro Woche veranstaltet werden ebenso wie Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential i.S.d. §§ 12 ff. GlüStV unbeschadet des § 5 Abs. 3 GlüStV zulässig sein sollen. Begründet wurde die bereits in § 12 Abs. 2 GlüStV 2008 enthaltene ähnliche Ausnahme damit, dass diese Lotterien traditionell in Verbindung mit dem Fernsehen präsentiert würden und aufgrund der eingeschränkten Gewinnmöglichkeiten nur eine geringere Suchtgefahr bestehe.¹⁰⁶⁸ Es ist anzunehmen, dass die gleichen Erwägungen Grund für diese Bereichsausnahme waren.¹⁰⁶⁹

Sponsors beschränken, als zulässig angesehen werden, vgl. *Bornemann*, K&R 2012, S. 653 (656) m.w.N. sowie *Hecker/Ruttig*, in *Dieltin/Hecker/Ruttig*, GlüStV 2012, § 5, Rn. 62.

¹⁰⁶³ Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006, S. 16.

¹⁰⁶⁴ Ebenda.

¹⁰⁶⁵ Ebenda.

¹⁰⁶⁶ Wobei dieses gem. § 8 Abs. 4 GlüStV-WerbeRiLi nicht gilt für Angebote der Rennvereine, die ihre in Ausführung von § 1 Rennwett- und Lotteriesgesetz durchgeführten Rennen in die ihnen angebotenen Vertriebsnetze übertragen.

¹⁰⁶⁷ Siehe zu der Erlaubnismöglichkeit des § 5 Abs. 3 S. 2 GlüStV noch unten, S. 248.

¹⁰⁶⁸ Siehe Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006, S. 16.

¹⁰⁶⁹ Siehe hierzu noch unten, S. 300 ff.

2. Internetwerbverbot gem. § 5 Abs. 3 S. 1 2. Alt. GlüStV

§ 5 Abs. 3 S. 1 2. Alt. GlüStV verbietet als Ergänzung des grundsätzlichen Internetveranstaltungs- und Vermittlungsverbotes in § 4 Abs. 4 GlüStV die Bewerbung von Glücksspiel im Internet. In § 11 Abs. 1 S. 1 der GlüStV-WerbeRiLi wird dieses Verbot wiederholt, wobei Abs. 2 klarstellt, dass es auch die Werbung für unentgeltlich angebotene Casinospiele erfasst, sofern durch Nutzung derselben Dachmarke auf unerlaubte Glücksspiele hingewiesen wird. Bereits bei Schaffung des GlüStV 2008 sahen die Bundesländer die Breitenwirkung, Zielgruppenorientierung und als zusätzliches Gefahrenelement die Möglichkeit des sofortigen Übergangs zur Teilnahme am Spiel, die speziell im Internet gegeben sei, als Gefahren an, aufgrund derer Werbung in diesem Medium konsequent zu untersagen sei.¹⁰⁷⁰

Als zulässig zu erachten sind somit nur Homepages, die ohne konkrete produktbezogene Werbeaussagen der allgemeinen Information über das glücksspielbetreibende oder -vermittelnde Unternehmen dienen und die bestehenden Angebote ohne besondere Anpreisung aufzeigen, um Interessenten über deren reine Existenz zu informieren.¹⁰⁷¹ Jegliche bildliche oder wörtliche glücksspielbezogene Aussage mit Anreizwirkung ist grundsätzlich unabhängig von ihrem eigentlichen Informationsgehalt unzulässig, so dass im Ergebnis lediglich noch Sachinformationen als im Internet zulässig angesehen werden, die kein „erkennbares Aufforderungsmoment“ haben.¹⁰⁷²

3. Verbot der Werbung über Telekommunikationsanlagen gem. § 5 Abs. 3 S. 1 3. Alt. GlüStV

Zuletzt wird in § 5 Abs. 3 S. 1 3. Alt. GlüStV und § 7 GlüStV-WerbeRiLi auch die Werbung für öffentliches Glücksspiel über Telekommunikationsanlagen verboten. Dieses Verbot soll über die allgemein geltenden wettbewerbsrechtlichen Grenzen in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG hinausgehen und jede Werbung über diese Anlagen untersagen.¹⁰⁷³ Den Begriff der Telekommunikationsanlage bestimmt die Legaldefinition des § 3 Nr. 23 Telekommunikationsgesetz (TKG¹⁰⁷⁴) näher. Danach sind Telekommunikationsanlagen „technische Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können“. Erfasst hiervon sind alle Anlagen, die der individuellen Fernkommunikation in akustischer oder in Textform (SMS, MMS) dienen, wie Telefone, Mobiltelefone und Faxgeräte.¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷⁰ siehe die Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006, S. 16.

¹⁰⁷¹ So OLG Koblenz, ZfWG 2009, S. 404 (409).

¹⁰⁷² Brugger, ZfWG 2009, S. 256 (261).

¹⁰⁷³ Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006, S. 16.

¹⁰⁷⁴ Telekommunikationsgesetz vom 22.06.2004 (BGBl. I, S. 1190), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes v. 03.05.2012 (BGBl. I, S. 958) geändert worden ist.

¹⁰⁷⁵ Hecker/Ruttig, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2012, § 5, Rn. 71; Engels, WRP 2008, S. 470 (475 f.).

Nach Auffassung des BGH unterfällt zudem auch die Glücksspielwerbung per E-Mail dem Verbot: „Der Versand und Empfang von E-Mails ist nur über einen E-Mail-Server möglich. Der Server erbringt eine Transportleistung für Signale und ist deshalb eine Telekommunikationsanlage im Sinne von § 3 Nr. 23 TKG, § 5 Abs. 3 GlüStV.“¹⁰⁷⁶ Nicht erfasst werden nach § 7 S. 2 GlüStV-WerbeRiLi Anrufe des Spielers oder Spielinteressenten beim Veranstalter oder Vermittler; diese Telefonate dürfen im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG mit Einwilligung des Spielers oder Spielinteressenten auch Werbung für erlaubtes Glücksspiel zum Gegenstand haben.¹⁰⁷⁷ Ferner ist gem. § 7 S. 3 GlüStV-WerbeRiLi innerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses die Kommunikation per Telefon, Email und SMS nicht vom Verbot erfasst.

Da die Werbung über Telekommunikationsanlagen von den Gesetzgebern und auch in der bisherigen Systematik dieser Arbeit nicht als Werbung über ein breitenwirksames Massenmedium angesehen wurde, soll auf dieses auch kaum kritisierte Werbeverbot im folgenden nicht weiter eingegangen werden.¹⁰⁷⁸

4. Erlaubnisvorbehalt gem. § 5 Abs. 3 S. 2 GlüStV i.V.m. § 14 der Werberichtlinie

Im Grundsatz sieht der GlüStV 2012 zwar den Fortbestand der bereits im GlüStV 2008 enthaltenen medienspezifischen Werbeverbote des § 5 Abs. 3 für Fernsehen und Internet vor, die Länder können jedoch gem. § 5 Abs. 3 S. 2 GlüStV „zur besseren Erreichung der Ziele des § 1 Werbung für Lotterien und Sport- und Pferdewetten im Internet und im Fernsehen unter Beachtung der Grundsätze nach den Absätzen 1 und 2 erlauben.“ Die ehemals ausnahmslos geltenden Verbote der Vorgängerefassung sind somit durch die Länder zu Verboten mit Erlaubnisvorbehalten umgewandelt worden. Die Öffnung dieser Medien für die Werbung begründen die Länder mit dem Hinweis, dass damit die Nachfrage auf die legalen Angebote besser kanalisiert werden könne. Insbesondere da Glücksspiel nunmehr auch im Internet zugelassen sei, müsse dieses dort auch beworben werden können; dem Ziel der Suchtprävention werde dabei durch die geltenden inhaltlichen Werberestriktionen genügt.¹⁰⁷⁹ Hervorzuheben ist dabei, dass aus diesen Erwägungen heraus nur die Glücksspielarten Lotterien, Sportwetten und Pferdewetten in den Ausnahmetatbestand aufgenommen wurden. Spielautomaten mit Gewinnmöglichkeiten, die nunmehr vom GlüStV ebenfalls geregelt werden, werden ausweislich des Wortlautes von § 5 Abs. 3 S. 2 GlüStV nicht aufgezählt und unterliegen damit ausnahmslos den

¹⁰⁷⁶ BGH, Urt. v. 04.03.2008 – KZR 36/05, WRP 2008, 1376 (1380). Vgl. Hecker, WRP 2012, S. 523 (529) sowie Hecker/Ruttig, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2012, § 5, Rn. 73.

¹⁰⁷⁷ So bereits schon die Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006, S. 16.

¹⁰⁷⁸ Mit Telefonwerbung (mit Ausnahme von Werbe-SMS) kann jeweils nur ein Werbeadressat erreicht werden und dies auch nur – sofern nicht automatische Bandansagen, deren Werbewirksamkeit mangels direktem menschlichen Kontakts nur äußerst gering ist – aufgrund der erforderlichen persönlichen Ansprache bei jedem einzelnen Telefonanruf mit einem im Vergleich zu den anderen Werbemedien ungleich höherem Aufwand. Vgl. auch unten, Fn. 1164.

¹⁰⁷⁹ Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, S. 29.

für sie seit der Revision des GlüStV 2012 erstmals geltenden Medienverböten des § 5 Abs. 3 GlüStV. Aber auch Werbung für Sportwetten im Fernsehen unmittelbar oder während der Live-Übertragung von Sportereignissen auf dieses Sportereignis ist gem. § 5 Abs. 3 S. 3 GlüStV uneingeschränkt unzulässig. Damit sollen aufgrund der besonderen Suchtgefahr der Sportwetten zusätzliche werbliche Anreize für ereignisbezogene Wetten in der wettgefährlichen Phase unmittelbar vor oder während der Live-Übertragung vermieden werden.¹⁰⁸⁰

Erteilt wird die entsprechende Ausnahmeerlaubnis für einzelne Werbemaßnahmen mit Wirkung für alle Bundesländer gem. § 9a Abs. 2 Nr. 1 GlüStV durch die Glücksspielaufsichtsbehörde des Landes Nordrhein-Westfalen. Diese prüft die Befreiung entsprechend der in der Werberichtlinie dargelegten allgemeinen Anforderungen, vgl. § 14 Abs. 1 S. 2 GlüStV-WerbeRiLi. Als Organ bei dieser Entscheidung fungiert das Glücksspielkollegium mit 16 Mitgliedern aus jeweils einem Bundesland, vgl. § 9a Abs. 5 und 6 GlüStV. Gem. § 14 Abs. 1 S. 3 GlüStV-WerbeRiLi kann die Glücksspielaufsichtsbehörde von Einzelerlaubnissen absehen und eine Rahmenerlaubnis erteilen.

Den Inhalt eines entsprechenden Befreiungsantrages gibt § 14 Abs. 2 GlüStV-WerbeRiLi vor. Dieser muss u.a. ein Werbekonzept mit einer Beschreibung der zu bewerbenden Glücksspielprodukte unter Darlegung der geplanten Häufigkeit und Dauer der Werbemaßnahme enthalten. Der Antragsteller hat schlüssig darzulegen, wie der Einhaltung der Werberichtlinie Genüge getan werden soll. Nähere Einzelheiten zur Erlaubnis sowie ggf. deren Nebenbestimmungen, Befristungen und mögliche Widerrufsvorbehalte werden von der Glücksspielaufsichtsbehörde selbst bestimmt, vgl. § 14 Abs. 4 GlüStV-WerbeRiLi. Nach § 14 Abs. 3 GlüStV-WerbeRiLi kann diese im Falle einer erteilten Genehmigung zudem nachträglich die Vorlage einer konkreten Werbesendung verlangen, um ihre Vereinbarkeit mit der erteilten Erlaubnis zu überprüfen.

IV. Werbeverbot für unerlaubtes Glücksspiel des Absatz 5

In § 5 Abs. 5 GlüStV findet sich ein allgemeines Werbeverbot für unerlaubte Glücksspiele, nach dem Werbung für öffentliche Glücksspiele nur zulässig ist, wenn für das Veranstalten oder Vermitteln die nach § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV erforderliche Erlaubnis bzw. eine der begrenzten Sportwettkonzessionen nach § 10a GlüStV vorliegt.¹⁰⁸¹ Die Regelung entspricht damit im Wesentlichen der bundesrechtlichen Verbotsnorm des § 284 Abs. 4 StGB und stellt ein ergänzendes landesrechtliches Werbeverbot auf.¹⁰⁸² Die weiteren Folgen des § 5 Abs. 5 GlüStV können für die nachfolgende medienspezifische Betrachtung außer Acht gelassen werden.

¹⁰⁸⁰ Ebenda.

¹⁰⁸¹ Vgl. Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006, S. 17.

¹⁰⁸² Vgl. Hecker/Ruttig, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 67; Hecker/Schmitt, ebenda, § 284 StGB, Rn. 25; Schmits, ZfWG 2007, 197 (199).

V. Sonderregelungen für Sportwetten in § 21 Abs. 4 GlüStV

Ergänzt werden die Werbebeschränkungen des § 5 GlüStV durch das spezielle Werbeverbot für Sportwetten in § 21 Abs. 4 S. 1 GlüStV, in dem die Verknüpfung der Übertragung von Sportereignissen in Rundfunk und Telemedien mit der Veranstaltung oder Vermittlung von Sportwetten für unzulässig erklärt wird. Erfasst ist davon vornehmlich das Fernsehen, aber – da allgemein von Rundfunk die Rede ist – auch der Hörfunk.¹⁰⁸³ Dieses auf dem erhöhten Suchtpotential von Sportwetten beruhende Verbot soll das absolute Fernsehwerbeverbot des § 5 Abs. 3 S. 1. Alt GlüStV ergänzen und gilt für Medienunternehmen und Veranstalter bzw. Vermittler von Sportwetten gleichermaßen.¹⁰⁸⁴

VI. Zwischenergebnis

Während die reformierte Fassung des § 5 GlüStV in seinem Tatbestand weit weniger konkret ist als seine Vorgängerregelung, unterwirft die Werberichtlinie die Werbung in den grundsätzlich erlaubten Medien, also in der Presse, im Radio und Kino, per Postwurfsendung sowie in sonstiger Weise einem breiten Katalog von ausdifferenzierten Vorgaben und Beschränkungen, aufgrund derer die Veranstalter und Vermittler nur eine im begrenzten Rahmen sachlich-informative Werbung für legale Glücksspielangebote betreiben können. Insbesondere die Kinowerbung für öffentliches Glücksspiel erhält eine Zeitenbeschränkung, aber auch die Hörfunkwerbung wird erstmalig medienspezifisch reglementiert. Zudem wurde mit der Revision des Glücksspielstaatsvertrages 2012 zwar das Werbeverbot für öffentliches Glücksspiel im Internet und im Fernsehen durch eine Vorlage- und Genehmigungspflicht gelockert, dies aber nur für die Glücksspielsektoren Lotterien, Sportwetten und Pferdewetten. Die vom GlüStV nunmehr ebenfalls erfassten Geldspielautomaten werden vom Wortlaut der Norm nicht erfasst und können damit ausnahmslos in diesen Medien nicht beworben werden.

Die aufgrund des Genehmigungsvorbehaltes der Länder mögliche Vorabzensur von geplanten medialen Werbemaßnahmen unterliegt dabei starker Kritik. So sehen der ZAW¹⁰⁸⁵, der BVDW¹⁰⁸⁶ sowie Heeg/Levermann¹⁰⁸⁷ darin einen Verstoß gegen das Zensurverbot des Artikel 5 Abs. 1 S. 3 GG und kritisieren das Erlaubnisverfah-

¹⁰⁸³ Vgl. Engels, WRP 2008, S. 470 (476) sowie Hecker/Ruttig, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2012, § 21, Rn. 50.

¹⁰⁸⁴ So die Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006, S. 27. Siehe auch Hüskens, Sportwettenwerbung, S. 166; Hecker/Ruttig, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 21 GlüStV, Rn. 35. – Im Vergleich zur Vorgängerfassung wurde das Verbot der Trikot- und Bandenwerbung gestrichen, so dass diese Werbeform wieder zulässig ist, vgl. Hecker/Ruttig, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2012, § 21, Rn. 52.

¹⁰⁸⁵ Siehe <http://www.zaw.de/index.php?menuid=98&reporeid=857> (Zugriff März 2013).

¹⁰⁸⁶ Siehe <http://www.bvdw.org/medien/bvdw-zur-neuen-richtlinie-fuer-werbung-nach-dem-gluecksspielstaatsvertrag?media=4447> (Zugriff März 2013).

¹⁰⁸⁷ MMR 2012, S. 726 (729).

ren als zu langwierig und komplex, als dass noch kurz- und mittelfristige Werbeaktivitäten möglich seien. „Bereits die zur Prüfung vorzulegenden Informationen zu den geplanten Werbemaßnahmen sind von den Unternehmen vorab kaum zu erbringen.“¹⁰⁸⁸ Auch die Europäische Kommission hat in einer Stellungnahme im Dezember 2012 Zweifel an der Notwendigkeit des Erlaubnisvorbehalts geäußert.¹⁰⁸⁹ Inwieweit diese Kritik berechtigt ist und im Rahmen einer rechtlichen Prüfung Bestand haben könnte, ist eine wegen der auf die grundsätzlichen Medienverbote des § 5 Abs. 3 GlüStV gerichteten Zielsetzung dieser Arbeit nicht zu klärende Frage. Auch auf die Vielzahl der bereits vorhandenen Urteile, die sich mit dem materiell-rechtlichen Gehalt der Werbebeschränkungen nach § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV 2008 auseinandergesetzt haben, soll nicht näher eingegangen werden. Hierfür relevante verwaltungsgerichtliche Entscheidungen erster Instanz, vor allem aber die wesentlich einheitlichere oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung werden indessen später im Rahmen der verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Überprüfung berücksichtigt.

C. Zweifel an der Rechtmäßigkeit der medienspezifischen Werbeverbote des GlüStV

Nachdem der Regelungsgehalt des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen insgesamt sowie speziell die Werbebeschränkungen und -verbote des § 5 GlüStV i.V.m. seiner Werberichtlinie aufgezeigt wurden, sollen im folgenden die insbesondere unter dem GlüStV 2008 geäußerten Zweifel und die Kritik an der Rechtmäßigkeit der medienspezifischen Werbeverbote des § 5 Abs. 3 GlüStV zusammenfassend wiedergegeben werden, da diese Anlass der darauffolgenden Überprüfung der Vereinbarkeit des § 5 Abs. 3 GlüStV mit höherrangigem Recht sind.

I. Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4866

Schon während des Notifizierungsverfahrens des Staatsvertrages gab die Europäische Kommission im März und Mai 2007 zwei ausführliche Stellungnahmen i.S.d Art. 258 AEUV ab und äußerte darin Bedenken gegen die geplanten Regelungen.¹⁰⁹⁰ Nach Inkrafttreten des GlüStV 2008 leitete die Kommission gegen Deutschland – basierend auf der bereits geäußerten Kritik – mit Aufforderungsschreiben vom

¹⁰⁸⁸ Siehe <http://www.zaw.de/index.php?menuid=98&reporeid=857> (Zugriff März 2013).

¹⁰⁸⁹ Siehe die Stellungnahme im schleswig-holsteinischen Notifizierungsverfahren zum Beitritt zum 1. Glücksspieländerungsstaatsvertrag (Notifizierung 2012/519/D und 2012/520/D) v. 06.12.2012, S. 6, zu finden unter www.deutscherlottoverband.de (Zugriff März 2013).

¹⁰⁹⁰ Ausführliche Stellungnahme der Kommission v. 22.03.2007 sowie deren Stellungnahme zu dem notifizierten Entwurf für einen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen vom 14.05.2007, zu finden in den Anlagen der Drucksache 16/0826 des Abgeordnetenhauses Berlin, <http://www.parlament-berlin.de/ados/16/IIIPLen/vorgang/d16-0826.pdf> (Zugriff März 2013).

31.01.2008¹⁰⁹¹ das Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4866 ein, führte dieses aber nach Notifizierung des GlüStV 2012 nicht aktiv weiter.

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaft vertrat die Auffassung, dass die Regelungen des GlüStV 2008 in verschiedenen Punkten in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages eingreifen würden. So hielt die Kommission vor allem die absolute Internetbeschränkung des § 4 Abs. 4 GlüStV 2008 für nicht vereinbar mit Art. 49 EG (jetzt 56 AEUV).¹⁰⁹² Es gäbe weniger einschränkende und damit gemeinschaftsrechtskonforme Maßnahmen wie u.a. die zwingende Registrierung mit strikten Auflagen zur Identifizierung des Spielers und seines Alters sowie zur Begrenzung der Spieleinsätze.¹⁰⁹³ Auch fehlten aus Sicht der Kommission verlässliche Daten über die tatsächlichen Gefahren von Spielsucht im Internet und zu spielsüchtigen Personen in Deutschland. Ohnehin sei das Suchtrisiko bei einzelnen Arten von Glücksspielen, insbesondere bei Sportwetten und Lotterien nicht belegt.¹⁰⁹⁴ Andere Regelungen des GlüStV 2008 gingen ebenso weit über das erforderliche Maß hinaus. Das Verbot von Trikot- oder Bandenwerbung für Sportwetten in § 21 Abs. 2 S. 2 GlüStV 2008 etwa differenziere nicht zwischen erlaubten und unzulässigen Sportwetten. Es würde im Einzelfall ausländischen Mannschaften unter Androhung strafrechtlicher Sanktionen verbieten, das Logo ihres Sponsors zu tragen, selbst wenn das Angebot im Herkunftsland zulässig sei.¹⁰⁹⁵ Auch seien viele Formulierungen sehr vage gehalten. So wies die Kommission darauf hin, dass dem Wortlaut des § 10 Abs. 3 GlüStV 2008 nach lediglich von einer Begrenzung, nicht aber von einer Reduzierung die Rede sei und nahm an, dass die bereits existierenden staatlichen Glücksspiel-Annahmestellen zumindest in den kommenden Jahren beibehalten würden.¹⁰⁹⁶ Zudem lasse die Formulierung völlig offen, wie eine Begrenzung tatsächlich ausgestaltet sein solle.¹⁰⁹⁷ Ebenso bemängelte die Kommission nationale Unstimmigkeiten der Regelungen auf dem Gebiet der Glücksspiele. Während die Vorschriften zu den als besonders gefährlich einzustufenden Automatenpielen erst unlängst mit der Novellierung der Spielverordnung im Jahr 2006 gelockert worden seien,¹⁰⁹⁸ würde etwa bei den wesentlich weniger gefährlichen Sportwetten ein besonders rigides Verbot von Angeboten und Werbung greifen.¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹¹ Abgedruckt in ZfWG 2008, S. 32 ff.

¹⁰⁹² Vgl. Aufforderungsschreiben v. 31.01.2008, ZfWG 2008, S. 32 (35 ff.) sowie schon die ausführliche Stellungnahme der EU-Kommission v. 22.03.2007, ZfWG 2007, S. 106 (107 f.).

¹⁰⁹³ Ausführliche Stellungnahme der EU-Kommission v. 22.03.2007, ZfWG 2007, S. 106 (107).

¹⁰⁹⁴ Aufforderungsschreiben v. 31.01.2008, ZfWG 2008, S. 32 (34 f.).

¹⁰⁹⁵ Aufforderungsschreiben v. 31.1.2008, ZfWG 2008, S. 32 (39) sowie schon die Stellungnahme der Europäischen Kommission v. 14.05.2007, S. 5.

¹⁰⁹⁶ Aufforderungsschreiben v. 31.01.2008, ZfWG 2008, S. 32 (39 f.) sowie schon die Stellungnahme der Europäischen Kommission v. 14.05.2007, S. 6.

¹⁰⁹⁷ Ebenda.

¹⁰⁹⁸ Siehe zur Neufassung der Spielverordnung im Jahr 2006 *Odenthal*, ZfWG 2006, S. 286 ff.; *Schütze/Kalke*, ZfWG 2009, S. 235 ff.

¹⁰⁹⁹ Aufforderungsschreiben v. 31.01.2008, ZfWG 2008, S. 32 (36 f.).

Die Kommission führte weiter an, dass das in § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 enthaltene Verbot der Werbung für öffentliches Glücksspiel im Internet, im Fernsehen und über Telekommunikationsanlagen möglicherweise eine Beschränkung der freien Erbringung und Inanspruchnahme grenzüberschreitender Werbedienste darstellen könne.¹¹⁰⁰ Aufgrund dieses Verbots „dürfen Internet-, Fernseh- und Telefondiensteanbieter mit Sitz in Deutschland keine Werbedienste für öffentliche Glücksspiele anbieten und haben in Deutschland Ansässige nicht das Recht, diese Dienste zu erhalten.“¹¹⁰¹ Nicht relevant sei nach Ansicht der Kommission dabei, dass „das Verbot weder bezweckt noch bewirkt, dem nationalen Markt einen Vorteil gegenüber Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten zu verschaffen. Der Rechtsprechung des EuGH zufolge beeinträchtigt eine Maßnahme wie ein Werbeverbot angesichts des internationalen Charakters des Werbemarktes das grenzüberschreitende Angebot von Anzeigenraum auch dann in besonderer Weise, wenn sie keinen diskriminierenden Charakter hat, und stellt daher eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Artikel 49 EG-Vertrag dar.“¹¹⁰²

Vor allem aber kritisierte die Kommission unter Hinweis auf die fehlende Kohärenz, dass die in § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 statuierten Verbote nicht geeignet seien, die Ziele des GlüStV zu erreichen und außerdem weit über das erforderliche Maß hinausgingen.¹¹⁰³ Die Maßnahmen seien nicht kohärent, weil Werbung per Post, in der Presse, im Radio sowie an öffentlich zugänglichen Orten weiterhin erlaubt sei und die breite Öffentlichkeit somit mit vielen Werbemitteln konfrontiert werde.¹¹⁰⁴ Zudem sei die Wirkung von Glücksspielwerbung aufgrund von § 5 Abs. 1 GlüStV 2008, dem zufolge sie sich auf Information und Aufklärung beschränken müsse, ohnehin hinsichtlich ihrer suchtfördernden Wirkung zu vernachlässigen.¹¹⁰⁵ Die Tatsache aber, dass so viele andere Arten von Werbung zulässig seien und dass auch für Glücksspiele mit höherem Suchtpotential (Angebote in Spielbanken, Glücksspielautomaten, Pferdewetten) kein derartiges Werbeverbot vorgesehen sei, sei ein eindeutiger Beleg für das Fehlen einer kohärenten und in sich stimmigen Strategie zur Bekämpfung der Glücksspielsucht.¹¹⁰⁶ Aufgrund dieser rechtlichen Erwägungen vertrat die Kommission die Auffassung, § 5 Abs. 3 und 4 und § 21 Abs. 2 des GlüStV 2008 seien mit Art. 49 EG unvereinbar.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁰ Vgl. hierzu und zum nachfolgenden auch die zusammenfassende Darstellung bei *Hecker/Ruttig*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 49.

¹¹⁰¹ Aufforderungsschreiben v. 31.01.2008, ZfWG 2008, S. 32 (39 f.).

¹¹⁰² Aufforderungsschreiben v. 31.01.2008, ZfWG 2008, S. 32 (39) mit Verweis auf EuGH, Slg. 2001, I-1795, Rn. 39.

¹¹⁰³ Aufforderungsschreiben der Kommission v. 31.01.2008, ZfWG 2008, S. 32 (39). Vgl. hierzu und zum nachfolgenden auch die zusammenfassende Darstellung bei *Hecker/Ruttig*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 50.

¹¹⁰⁴ Aufforderungsschreiben der Kommission v. 31.01.2008, ZfWG 2008, S. 32 (39).

¹¹⁰⁵ Ebenda.

¹¹⁰⁶ Ebenda.

¹¹⁰⁷ Aufforderungsschreiben v. 31.01.2008, ZfWG 2008, S. 32 (42).

Die Bundesregierung als Adressat des Vertragsverletzungsverfahrens hat auf diese Kritik mehrfach erwidert¹¹⁰⁸ und mitgeteilt, dass man nach sorgfältiger Überprüfung der Stellungnahmen der Kommission zu dem Ergebnis käme, der GlüStV 2008 sei gemeinschaftsrechtskonform.¹¹⁰⁹ Speziell den auf die Werbeverbote bezogenen Vorwürfen hielt die Bundesregierung entgegen, dass ein medienübergreifendes generelles Werbeverbot erst recht unverhältnismäßig sei.¹¹¹⁰ Das spezifische Internet-, Fernseh- und Telekommunikationsanlagen-Werbeverbot des § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 sei überdies geeignet und kohärent, „weil Werbung mit Hilfe dieser Medien Minderjährige und gefährdete Zielgruppen stärker und unmittelbarer anspricht als andere Werbeträger.“¹¹¹¹ Die Bundesregierung wies ergänzend darauf hin, dass auch die gesetzlich erlaubte Plakat- oder Radiowerbung nach § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV 2008 unter dem Vorbehalt stehe, dass sie die Glücksspielsucht nicht fördert. Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber sei im Bereich des Glücksspielwesens gehalten, Werbung mit Hilfe der Medien auszuschließen, die den höchsten Verbreitungsgrad und daher das höchste Gefahrenpotential mit sich bringen. Dazu würden nach Auffassung der deutschen Gesetzgeber die in § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 genannten Medien zählen.¹¹¹² Gerade ein pauschales Werbeverbot in allen Medien ginge indessen über das für die Suchtprävention erforderliche Maß hinaus und liefe auch dem in § 10 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2008 festgelegten ordnungsrechtlichen Auftrag zuwider, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen.¹¹¹³

II. Kritik in Literatur und Rechtsprechung

Nicht nur die Europäische Kommission hat Zweifel an der Vereinbarkeit der medienspezifischen Werbeverbote des GlüStV mit dem EG-Vertrag geäußert, sondern auch in der einschlägigen juristischen Literatur ist der GlüStV ab der ersten Entwurfsfassung generell und speziell auch dessen Werberestriktionen erheblicher Kritik ausgesetzt gewesen.

So wurde § 5 GlüStV 2008 schon während der Gesetzesgenese von *Hermes*¹¹¹⁴ und *Wirring*¹¹¹⁵ vorgeworfen, er beschränke die Dienstleistungsfreiheit ausländischer Veranstalter und Vermittler von Glücksspielen in ungerechtfertigter Weise, weil mit

¹¹⁰⁸ Siehe die Antwort der Bundesregierung v. 24.04.2007, ZfWG 2007, 208 ff. sowie Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland v. 22.05.2007, ZfWG 2007, S. 210 f. – Siehe auch die kritischen Ausführungen zur Rechtsauffassung der Kommission bei Hecker/Ruttig, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 51 ff.

¹¹⁰⁹ Mitteilung der Bundesregierung v. 20.05.2008 zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4866, ZfWG 2008, S. 173 (193).

¹¹¹⁰ Mitteilung der Bundesregierung v. 20.05.2008 zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4866, ZfWG 2008, S. 173 (188).

¹¹¹¹ Ebenda.

¹¹¹² Ebenda.

¹¹¹³ Ebenda.

¹¹¹⁴ In Pieroth, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 88 f.

¹¹¹⁵ ZfWG 2007, S. 203 (207).

der massenwirksamen Werbung über die Medien Internet und Fernsehen in erster Linie solche Werbeformen verboten würden, auf die ausländische Anbieter angewiesen seien, wenn sie Zugang zum deutschen Markt begehren. Indem diesen die beiden zentralen Zugangswege zum deutschen Glücksspielmarkt versperrt würden, würden sie gegenüber den bereits etablierten deutschen Anbietern benachteiligt, worin eine nicht zu rechtfertigende diskriminierende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit liege. Das Werbeverbot werde somit zugunsten der bisherigen staatlichen Monopolunternehmen durchbrochen, welche gerade die nicht eingeschränkten Medien Radio und Presse bisher in großem Umfang zu Werbezwecken genutzt hätten und auch weiterhin nutzen könnten; dies auch deshalb, weil die sonstigen Vorgaben des § 5 GlüStV 2008 für die Werbung unbestimmt und kaum justitiabel seien.¹¹¹⁶ Eine die Verbote legitimierende, spezifisch auf Glücksspiele bezogene erhöhte Gefährlichkeit der Werbeträger Fernsehen, Internet und Telefon im Verhältnis etwa zur Radiowerbung sei aber weder ersichtlich noch besonders dargetan.¹¹¹⁷ Vor diesem Hintergrund würden private Spielvermittler von den Beschränkungen stärker als die staatlichen Anbieter und Annahmestellen betroffen sein, so dass § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 sich deshalb nicht als Ausdruck und Bestandteil eines konsequent auf die Bekämpfung der Spielsucht ausgerichteten Konzepts zur Beschränkung der Werbung erweise.¹¹¹⁸

*Fischer*¹¹¹⁹ sah ebenso in den Werbeverboten des § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 eine gezielte Benachteiligung solcher Privatanbieter, die für ihre Angebote und Werbung bisher überwiegend oder ausschließlich die damit untersagten Medien genutzt hätten, gegenüber den staatlichen Anbietern, die weiterhin über ein dichtes Netz von Annahmestellen verfügen und vor allem zulässige Radio- und Plakatwerbung betreiben oder mit Postwurfsendungen arbeiten würden. Da die Art und Weise der Werbung durch konkrete Vorgaben beschränkt werden könne, bedürfe es eines Totalverbotes bestimmter Medien nicht.¹¹²⁰ Auch *Schmits*¹¹²¹ argumentierte, dass gerade das Fernsehen mit seiner Werbewirksamkeit mit keinem anderen Medium zu vergleichen sei. Angemessene Einschränkungen seien deswegen mildere Mittel, wie z.B. Tageszeitregelungen, da die weiterhin mögliche Werbung die verbotene Fernsehwerbung nicht ersetzen könne. Gerade Sparten- und Sportkanäle wären durch das Werbeverbot in beträchtlichem Umfang betroffen, weil ein Ausfall der Werbefinanzierung bis hin zu einer „existenziellen Gefährdung“ drohe.¹¹²²

¹¹¹⁶ *Wiring*, ZfWG 2007, S. 203 (207). Hierzu kritisch *Hecker/Ruttig*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 66.

¹¹¹⁷ *Hermes*, in Pieroth, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 88.

¹¹¹⁸ *Hermes*, in Pieroth, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 88. So später auch *Ciszewski*, Glücksspielregulierung, S. 95 f.

¹¹¹⁹ *Recht der Glücksspiele*, S. 253 f.

¹¹²⁰ So *Fischer*, *Recht der Glücksspiele*, S. 253 f.

¹¹²¹ ZfWG 2007, S. 197 (202).

¹¹²² So *Schmits*, ZfWG 2007, S. 197 (202).

*Mabne/Jouran*¹¹²³ argumentierten sogar, dass ein Verbot der Radiowerbung sinnvoller sei als das Fernsehwerbeverbot, da Radio zu einem großen Teil von Autofahrern gehört werde, bei denen die Schwelle, unterwegs eine Lottoannahmestelle aufzusuchen, viel geringer sei als für den Fernsehzuschauer.¹¹²⁴ Ferner wurde dem Staatsvertrag von *Scholz/Weidemann*¹¹²⁵ vorgeworfen, er schränke Wirtschaftswerbung nicht im Sinne eines allgemeinen Gesetzes ein, sondern normiere gezielt Verbotsregelungen gegenüber der Programmfreiheit der Hörfunk- und Fernsehbetreiber und überschreite damit den legitimen Regelungsrahmen des Art. 5 Abs. 2 GG.

Weitere Bedenken äußerte *Hermes*¹¹²⁶ speziell hinsichtlich der Bestimmtheit des Werbeverbotes im Internet: Im Gegensatz zur Werbung im Fernsehen, die durch den Verweis des § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 auf §§ 7, 8 RStV näher definiert würde, und zur Telefonwerbung, die allein durch den Verweis auf das genutzte Medium hinreichend bestimmt sei, werfe das Werbeverbot im Internet die Frage nach der Abgrenzung zwischen Angebot und Werbung auf. Wie etwa die Einbindung eines Angebots in Content-Seiten anderer Unternehmen zeige, biete das Internet spezifische Mischformen, die sich mit dem einfachen Begriff der Werbung nicht abbilden ließen. Ob das Verbot der Werbung für öffentliches Glücksspiel im Internet den aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Mindestanforderungen an die Bestimmtheit grundrechtsbeschränkender Gesetze genügt, sei deshalb zu bezweifeln.¹¹²⁷ Von *Horn*¹¹²⁸ wurde zudem in Frage gestellt, ob unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Eingriffsintensität, die das Internetwerbeverbot aufweise, von einer insofern hinreichenden Möglichkeit der Zweckerreichung gesprochen werden könne. Möge man auch die Abwesenheit jeder Bewerbung von Glücksspielen im Internet als an sich geeignete Maßnahme ansehen können, um etwaigen Gefahren der Suchtentstehung vorzubeugen, sei die Aussicht, jede Bewerbung von Glücksspielen im Internet zu vermeiden, in Anbetracht der weltweit eingestellten, für den Internetnutzer grenzenlos verfügbaren Netzinhalte erheblich relativiert. Dieser Aspekt der mangelnden Durchsetzbarkeit gegenüber ausländischen Internetsachverhalten spreche gegen die Geeignetheit des ausnahmslosen Werbeverbotes im Internet gemäß § 5 Abs. 3 GlüStV 2008.¹¹²⁹

¹¹²³ NvWZ 2009, S. 1190 (1193). Diese sprachen sich sogar für den vermehrten Einsatz von Glücksspielwerbung im Fernsehen aus. Das mit § 1 Nr. 2 GlüStV 2008 bezweckte Ziel des Kanalisierens des natürlichen Spieltriebes der Bevölkerung erfordere gerade die Kenntnis der legalen Möglichkeiten. Nötig sei insofern eine Aufklärungskampagne, die die Adressaten im „Unterschichtenmedium“ Fernsehen erreichen müsse.

¹¹²⁴ So *Mabne/Jouran*, NvWZ 2009, S. 1190 (1193).

¹¹²⁵ Rechtsgutachten zum Entwurf vom 14.12.2006 eines Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland, S. 20 u. 125 f., <http://www.gleiss-lutz.de> (Zugriff März 2010).

¹¹²⁶ In Pieroth, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 88.

¹¹²⁷ So *Hermes*, In Pieroth, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 88.

¹¹²⁸ In Pieroth, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 125.

¹¹²⁹ So *Horn*, In Pieroth, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 125.

Diese Darstellung zeigt, dass die medienspezifischen Werbeverbote des GlüStV 2008, die vom GlüStV 2012 in § 5 Abs. 3 S. 1 weitestgehend unverändert übernommen wurden, auch in der juristischen Literatur Anlass zu erheblicher Kritik gegeben haben.

D. Vereinbarkeit des § 5 Abs. 3 GlüStV mit höherrangigem Recht

Um die Berechtigung der dargestellten Kritik zu untersuchen, soll nunmehr die Vereinbarkeit der im Glücksspielstaatsvertrag enthaltenen medienspezifischen Werbeverbote mit dem Grundgesetz und den europäischen Grundfreiheiten überprüft werden. Zu klären ist, ob der mit den Verboten bezweckte Gesundheitsschutz der Verbraucher Eingriffe in die nationalen und europäischen Grundrechte rechtfertigt oder ob alternative, mildere Regelungsmodelle als rechtlich erforderlich anzusehen sind. Schließlich erfassen die Werbeverbote des § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV neben den staatlich konzessionierten Anbietern auch die zugelassenen gewerblichen Spielanbieter und -vermittler. Gerade für diese stellen die Werbeverbote eine erhebliche Einschränkung dar, da sie zur Existenzsicherung verstärkt auf Werbung angewiesen sind, um ihr Angebot neben dem der bekannten staatlichen Anbieter zu präsentieren.

I. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht

Seit dem Inkrafttreten des GlüStV 2008 ist eine fast unüberschaubare Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen ergangen, in denen die Verfassungsmäßigkeit des gesamten Glücksspielstaatsvertrages im Wege einstweiligen Rechtsschutzes oder als Hauptsacheverfahren geprüft wurde.¹¹³⁰ Auch wenn sich diese Entscheidungen speziell mit den im GlüStV enthaltenen Werbeverboten kaum befasst haben,¹¹³¹ wurde

¹¹³⁰ Zweifel, ob das deutsche Sportwettenmonopol und der Ausschluss privater Sportwettveranstaltungen und ihrer Vermittlung auf der Grundlage Staatsvertrages 2008 und der dazu ergangenen Landesgesetze verfassungsrechtlich und europarechtlich gerechtfertigt sind, hatten bspw. das VG Neustadt, Urt. v. 28.09.2009 – 5 L 863/09, ZfWG 2008, S. 388; VG Frankfurt, Urt. v. 07.11.2008 – 7 L 2815/08, ZfWG 2008, S. 471; OVG Saarland, Urt. v. 04.04.2007 – 3 W 18/06, ZfWG 2007, S. 229; VG Karlsruhe, Urt. v. 15.09.2008 – 2 K 1637/08, ZfWG 2008, S. 395; VG Frankfurt a.M., Urt. v. 25.07.2008 – 7 L 1398/08.F, ZfWG 2008, S. 303; VG Freiburg, Urt. v. 16.04.2008 – 1 K 2052/06, ZfWG 2008, S. 227; Urt. v. 16.04.2008 – 1 K 2683/07; Urt. v. 09.07.2008 – 1 K 547/07; VG Trier, Urt. v. 28.04.2008 – 1 L 240/08.TR, ZfWG 2008, S. 228; VG Braunschweig, Urt. v. 10.04.2008 – 5 B 4/08; ferner VG Stuttgart, Beschl. v. 27.02.2008 – 4 K 213/08; VG Arnsberg, Beschl. v. 05.03.2008 – 1 L 12/08 und 13.03.2008 – 1 L 29/08, VG Minden, Urt. v. 02.04.2008 – 3 K 897/05 (alle juris).

¹¹³¹ Dies auch feststellend *Mabne/Jouran*, NvWZ 2009, S. 1190 (1192). – Die Kohärenz aufgrund der Annahme eines Vollzugsdefizites fundiert ablehnend nur der BayVG, Urt. v. 26.06.2012 – 10 BV 09.2259, Rn. 82 (juris). Zur nach § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV 2008 unzulässigen Imagewerbung des Deutschen Toto- und Lottoblocks v.a. BVerwG, Urt. v. 01.06.2011 – 8 C 2/10 u. 8 C 4/10,

die Verfassungskonformität des GlüStV 2008 insgesamt in den meisten Fällen im Ergebnis bejaht.¹¹³²

1. Nichtannahmebeschluss des BVerfG vom 14. Oktober 2008

Mit den Werbeverboten des GlüStV hat sich auf obergerichtlicher Ebene erstmals das Bundesverfassungsgericht in einem Nichtannahmebeschluss vom 14. Oktober 2008¹¹³³ befasst. Eine Verfassungsbeschwerde, die sich gegen das damalige Vermittlungsverbot im Internet, die Erlaubnispflicht für die gewerbliche Spielvermittlung und deren Beschränkung auf das jeweilige Landesgebiet, aber eben auch gegen die Werbebeschränkungen des § 5 GlüStV 2008, insbesondere das Werbeverbot im Internet, richtete, wurde mit der Begründung nicht zur Entscheidung angenommen, dass der Beschwerde keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukomme, so dass die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2a BVerfGG nicht erfüllt seien.¹¹³⁴ Die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen seien bereits durch die frühere Rechtsprechung des BVerfG geklärt.¹¹³⁵ Auch im Hinblick auf die gerügten Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 S. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG sei eine Annahme nicht angezeigt, da die Verfassungsbeschwerde teilweise unzulässig und im Übrigen nicht begründet sei.¹¹³⁶

ZfWG 2011, S. 341 ff. u. NVwZ 2011, S. 1328 ff.; siehe auch VG München, Urt. v. 31.03.2009 – M 16 K 08.3170, Rn. 49 ff. (juris); Urt. v. 29.08.2008 – M 16 S 08.3379, Rn. 41 ff. (juris); Urt. v. 11.08.2008 – M 16 S 08.3171, Rn. 43 ff. (juris); VGH Bayern, Urt. v. 20.11.2008 – 10 CS 08.2399, ZfWG 2008, S. 455; VG Regensburg, Urt. v. 31.07.2008 – 5 S 08.1158, ZfWG 2008, S. 303; OVG Berlin-Brandenburg, Entsch. v. 21.01.2010 – 1 S 94.09, Rn. 13 (juris).

¹¹³² Siehe bspw. OVG Sachsen-Anhalt, ZfWG 2010, S. 277; ZfWG 2009, S. 355; OVG Saarland, ZfWG 2009, S. 369; OVG Berlin-Brandenburg, ZfWG 2009, S. 194; ZfWG 2009, S. 227; ZfWG 2008, S. 466; Sächsisches OVG, ZfWG 2009, S. 196; VGH Bayern, ZfWG 2009, S. 27; ZfWG 2009, S. 387; OLG Celle, ZfWG 2009, S. 264; OLG Schleswig, ZfWG 2009, S. 312; OVG Niedersachsen, ZfWG 2009, S. 107; OVG Nordrhein-Westfalen, ZfWG 2009, S. 111; VGH Baden-Württemberg, ZfWG 2008, S. 446; OVG Nordrhein-Westfalen, ZfWG 2008, S. 122; VG Dresden, ZfWG 2009, S. 387; VG Chemnitz, ZfWG 2009, S. 311; LG Köln, ZfWG 2009, S. 311; VG Dresden, ZfWG 2009, S. 311; VG Ansbach, ZfWG 2009, S. 312; VG Saarland, ZfWG 2009, S. 227; VG Hannover, ZfWG 2009, S. 133; S. 151; VGH Baden-Württemberg, ZfWG 2009, S. 151; VG Trier, ZfWG 2009, S. 151; VG Minden, ZfWG 2009, S. 152; VG München, ZfWG 2009, S. 55; VG Hannover, ZfWG 2009, S. 75; LG Saarbrücken, ZfWG 2008, S. 471; VGH Hessen, ZfWG 2008, S. 272; VG Düsseldorf, ZfWG 2008, S. 287; S. 303; VG Aachen, ZfWG 2008, S. 304; VG Stuttgart, ZfWG 2008, S. 140; VG Koblenz, ZfWG 2008, S. 150; VG Potsdam, ZfWG 2008, S. 151; VG Chemnitz, ZfWG 2008, S. 64; VG Stade, ZfWG 2008, S. 228.

¹¹³³ Az. 1 BvR 928/08, GewArch 2009, S. 26 ff. Siehe auch den Beschl. v. 17.12.2008 – 1 BvR 3409/08 (juris), der jedoch als Parallelentscheidung in seinen Gründen auf den Beschluss vom 17.12.2008 verweist.

¹¹³⁴ BVerfG, GewArch 2009, S. 26 (Rn. 6). Vgl. hierzu und zum nachfolgenden auch die zusammenfassende Darstellung bei *Hilff/Ploeckl*, ZfWG 2009, S. 8 (9).

¹¹³⁵ BVerfG, GewArch 2009, S. 26 (Rn. 6).

¹¹³⁶ BVerfG, GewArch 2009, S. 26 (Rn. 6).

Wie bei der im ersten Teil dargestellten BVerfG-Rechtsprechung zu freiberuflichen Werberestriktionen beschränkte sich auch die Prüfung dieses Nichtannahmebeschlusses auf die Vereinbarkeit der mit der Verfassungsbeschwerde gerügten Beschränkungen des GlüStV mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. So würden die in den § 4 Abs. 1, 2 und 4, § 5 Abs. 1 bis 4, § 9 Abs. 4 und § 25 Abs. 6 GlüStV 2008 enthaltenen Regelungen zwar einen Eingriff in deren Schutzbereich darstellen;¹¹³⁷ diese Eingriffe seien jedoch allesamt gerechtfertigt und würden auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten.¹¹³⁸ Der Glücksspielstaatsvertrag diene vorrangig dem Ziel, „die Bevölkerung, insbesondere Kinder und Jugendliche, vor den Gefahren der Glücksspielsucht und der mit Glücksspielen verbundenen Folge- und Begleitkriminalität zu schützen“.¹¹³⁹ Damit würden überragend wichtige Gemeinwohlbelange verfolgt, deren Schutz selbst objektive Berufsbeschränkungen rechtfertigten.¹¹⁴⁰ Insbesondere die Verhinderung und Bekämpfung der Glücksspielsucht sei ein dringendes Gemeinwohlziel, da Spielsucht zu schwerwiegenden Eingriffen nicht nur in das Leben der Betroffenen selbst, sondern auch ihrer Familien und der Gemeinschaft führen könne.¹¹⁴¹

Die Verbote und Einschränkungen des GlüStV 2008 seien weiterhin sowohl dem Grunde als auch dem konkreten Inhalt nach geeignet, die Umsetzung der Ziele des GlüStV zu erreichen.¹¹⁴² Bezüglich der Werbebeschränkungen und -verbote des § 5 GlüStV 2008 hob das BVerfG hervor, dass auch hier eine unmittelbare Verknüpfung mit dem Zielkatalog des § 1 GlüStV 2008 erfolge, da die Werbung für öffentliches Glücksspiel gem. § 5 Abs. 2 S. 1 GlüStV 2008 ausdrücklich nicht in Widerspruch zu den dort aufgeführten Zielen stehen dürfe. Die Regelung vermeide Werbung mit Aufforderungscharakter und sei damit ein geeignetes Mittel, um Glücksspielsucht zu verhindern und zu bekämpfen.¹¹⁴³ Mangels milderer Mittel seien die gerügten Werbereglementierungen auch erforderlich, um Begleitkriminalität zu vermeiden und insbesondere Minderjährige vor den Gefahren des Glücksspiels, speziell im Internet, zu schützen. Zu berücksichtigen sei hierbei auch der dem Gesetzgeber bei der Wahl der Mittel zustehende Beurteilungs- und Prognosespielraum.¹¹⁴⁴ Auch durch das Verbot unangemessener und unsachlicher Werbung,

¹¹³⁷ BVerfG, GewArch 2009, S. 26 (Rn. 12 ff.).

¹¹³⁸ BVerfG, GewArch 2009, S. 26 (27, Rn. 23, 27).

¹¹³⁹ BVerfG, GewArch 2009, S. 26 (27, Rn. 28).

¹¹⁴⁰ Ebenda.

¹¹⁴¹ BVerfG, GewArch 2009, S. 26 (27, Rn. 29), mit Verweis auf BVerfG, Entsch. v. 28.03.2006, NJW 2006, S. 1261 (1263).

¹¹⁴² Siehe hierzu BVerfG, GewArch 2009, S. 26 (27 f., Rn. 31 ff.).

¹¹⁴³ BVerfG, GewArch 2009, S. 26 (28, Rn. 39).

¹¹⁴⁴ Infolge dieser Einschätzungsprärogative könnten Maßnahmen, die die Landesgesetzgeber zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts (wie der Abwendung der Gefahren, die mit dem Veranstalten und Vermitteln von Glücksspielen verbunden sind) für erforderlich halten, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Beschränkungen, die als Al-

die zur Teilnahme am Glücksspiel auffordert, anreizt oder ermuntert und damit die Glücksspielsucht fördert, könne einer Ausweitung der Spielleidenschaft entgegen gewirkt werden. Alternativen zu den Werbeverboten sah das BVerfG nicht, zudem sei es widersprüchlich, zunächst „appellative Formen“ der Werbung zuzulassen, um anschließend die hierdurch geförderte Spielleidenschaft der Bevölkerung begrenzen zu wollen.¹¹⁴⁵

Auch das Verbot der Vermittlung von Glücksspiel im Internet, das eine sehr schwerwiegende Beschränkung der unternehmerischen Tätigkeit von Glücksspielanbietern und -vermittlern darstelle, sei gerechtfertigt, da gerade das Internetglücksspiel wegen seiner Abstraktheit und leichten Erreichbarkeit erhebliche Gefahren berge und somit problematisches Spielverhalten stark begünstigen könne.¹¹⁴⁶ Das generelle Verbot mit Erlaubnisvorbehalt in § 4 Abs. 1 und 2 GlüStV 2008 sowie die Regelung des § 4 Abs. 2 S. 3 GlüStV 2008 hielt das Gericht ebenfalls für angemessen, da die mit dem Glücksspielstaatsvertrag verfolgten Gemeinwohlinteressen, vor allem die Verhinderung und Bekämpfung der Glücksspielsucht mit ihren bedenklichen wirtschaftlichen und sozialen Folgen für die Betroffenen derartig gewichtig sei, dass es die damit einhergehenden Beschränkungen der Berufsfreiheit aufwiege.¹¹⁴⁷

Die in § 5 GlüStV 2008 geregelten Werbeverbote, insbesondere das Verbot der Glücksspielwerbung im Internet, seien nach Auffassung des BVerfG ebenso angemessen.¹¹⁴⁸ Diesbezüglich würde die Beschwerdeführerin der Verfassungsbeschwerde zwar geltend machen, ihr werde der Boden für jede effiziente werbliche Aktivität entzogen, da der Glücksspielstaatsvertrag exakt die Formen der Werbung untersage, die für gewerbliche Vermittlerin von Bedeutung seien, während die übrigen Arten der Werbung, wie sie von den staatlichen Anbietern und ihren Annahmestellen praktiziert würden, weiterhin zulässig blieben.¹¹⁴⁹ Hiergegen führte das BVerfG an, dass die Beschwerdeführerin unberücksichtigt lasse, dass sich das Verbot der Werbung in Fernsehen, im Internet oder per Telefon gemäß § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 gerade darauf stütze, dass mit der Nutzung dieser Medien eine besonders starke Anreizwirkung verbunden sei. Eine solche Art der Werbung sei jedoch unvereinbar mit dem Ziel der Glücksspiel- und Wettsuchtbekämpfung, da das staatliche Glücksspielangebot lediglich der Kanalisierung des menschlichen Spieltriebs dienen solle, nicht jedoch einen förderungs- und ausbauwürdigen Wirtschaftszweig

alternativen in Betracht kommen, zwar die gleiche Wirksamkeit versprechen, indessen die Betroffenen weniger belasten. Solche mildereren Mittel seien aber vorliegend nicht gegeben; BVerfG, GewArch 2009, S. 26 (29, Rn. 44 m.w.N.).

¹¹⁴⁵ BVerfG, GewArch 2009, S. 26 (29, Rn. 47).

¹¹⁴⁶ BVerfG, GewArch 2009, S. 26 (30, Rn. 59). Siehe hierzu und zum nachfolgenden auch die zusammenfassende Darstellung bei *Hilf/Ploockel*, ZfWG 2009, S. 8 (9).

¹¹⁴⁷ BVerfG, GewArch 2009, S. 26 (28, Rn. 52).

¹¹⁴⁸ BVerfG GewArch 2009, S. 26 (30, Rn. 57).

¹¹⁴⁹ Ebenda.

darstellen dürfe.¹¹⁵⁰ Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen seien die Werbeverbote des § 5 GlüStV 2008 trotz der teilweise erheblichen mit ihnen verbundenen Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit nicht unangemessen.¹¹⁵¹

2. Rechtliche Würdigung

Bei der rechtlichen Würdigung dieses Beschlusses muss beachtet werden, dass dieser nicht im Zuge einer Sachentscheidung erfolgte, sondern als Nichtannahmebeschluss i.S.d. §§ 93a Abs. 2, 93b S. 1 1. Alt BVerfGG erging, der grundsätzlich nicht in materielle Rechtskraft erwächst und weder Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG entfaltet noch zu einer Selbstbindung der Kammer führt.¹¹⁵² Insofern wurde zum Teil in der Literatur dessen Qualität und Bindungswirkung für weitere, den GlüStV beurteilende verfassungsgerichtliche Urteile bezweifelt und ihm jedweder aner kennenswerter Aussagegehalt bezüglich der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der glücksspielstaatsvertraglichen Regelungen abgesprochen.¹¹⁵³

Es ist jedoch gemeinhin anerkannt, dass ein unanfechtbarer Kammerbeschluss faktisch Fragen zur Rechtmäßigkeit grundrechtlicher Eingriffe in vergleichbarer Weise klären kann wie ein Urteil des ganzen Senates; auch in großen Senatsentscheidungen nimmt das BVerfG regelmäßig Bezug auf Kammerentscheidungen.¹¹⁵⁴ Bei der vorliegenden Beurteilung hat zudem die Kammer die Rechtslage sowie die Position der Beschwerdeführerin in vollem Umfang materiell am Maßstab der Verfassung geprüft, die widerstreitenden Belange gegeneinander abgewogen und beides in der Begründung hinreichend belegt. Der Umstand, dass im Ergebnis dann die Verfassungsbeschwerde nicht angenommen wurde, erlaubt deswegen gerade nicht die Schlussfolgerung, dass die Kammer mit weniger Sorgfalt oder mit einem schwächeren Prüfungsmaßstab als bei Senatsentscheidungen geurteilt hätte.¹¹⁵⁵ Der Beschluss zeigt vielmehr, dass die zweite Kammer des ersten Senats in der eingereichten Verfassungsbeschwerde keinen Anlass für eine Behandlung der angegriffenen Problematik durch den ganzen Senat gesehen hat. Damit bescheinigt der Nichtannahmebeschluss den geprüften Normen des GlüStV 2008 eine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz „in intensiverer Form, als dies eine Ablehnung durch den Senat zum Ausdruck bringen könnte.“¹¹⁵⁶ Dies gilt umso mehr, als dass nach § 93d Abs. 1 S. 3

¹¹⁵⁰ BVerfG, GewArch 2009, S. 26 (30, Rn. 57) mit Verweis auf BVerfG, Entsch. v. 28.03.2006, NJW 2006, S. 1261 (1263).

¹¹⁵¹ Ebenda.

¹¹⁵² *Hilff/Ploeckl*, ZfWG 2009, S. 8 (9).

¹¹⁵³ So *Hilff/Ploeckl*, ZfWG 2009, S. 8 (9). Kritisch auch *Ciszewski*, Glücksspielregulierung, S. 118 ff.

¹¹⁵⁴ Siehe bspw. BVerfGE 107, 275 (281) sowie BVerfGE 108, 129 (138). Hierauf hinweisend *Schwan*, ZfWG 2009, S. 80 (81); *Grafshof*, in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 93a, Rn. 52; beide m.w.N.

¹¹⁵⁵ *Schwan*, ZfWG 2009, S. 80 (81).

¹¹⁵⁶ So *Schwan*, ZfWG 2009, S. 80 (81) und mit dem weiteren tragenden Argument, dass ebensowenig der Umstand, dass die Verfassungsbeschwerde mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verknüpft war, eine oberflächliche Bearbeitung durch das BVerfG zur Folge habe:

BVerfGG der Nichtannahmebeschluss der Kammer eigentlich nicht begründet werden muss, dies trotzdem vom Gericht aber über 20 Seiten erfolgte.¹¹⁵⁷ Zu Recht wird daher in Literatur¹¹⁵⁸ und Rechtsprechung¹¹⁵⁹ davon ausgegangen, dass das BVerfG hinsichtlich der Verbote und Beschränkungen der im Nichtannahmebeschluss behandelten GlüStV-Normen von einer klaren Verfassungsmäßigkeit ausgeht. Auch das BVerwG¹¹⁶⁰ hat in einer neueren Entscheidung das Internetwerbverbot des § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 als mit dem nationalen Verfassungsrecht vereinbar angesehen. Vor diesem Hintergrund wird die Verfassungskonformität der im GlüStV enthaltenen Werbereglementierungen auch für die vorliegende Arbeit als obergerichtlich bestätigt angesehen.¹¹⁶¹ Zweifelhaft ist damit jedoch nach wie vor

„Ausdrücklich wird im Tenor zweistufig zunächst die Verfassungsbeschwerde („Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.“) und erst anschließend der Antrag nach § 32 BVerfGG („Damit erledigt sich zugleich der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung.“) beurteilt, woraus geschlossen werden kann, dass der Antrag ohne Auswirkungen auf die Beurteilung der verfassungsrechtlich geschützten Positionen war.“.

¹¹⁵⁷ Hierauf hinweisend *Schwan*, ZfWG 2009, S. 80 (82).

¹¹⁵⁸ *Schwan*, ZfWG 2009, S. 80 ff.; *Korte*, NvWZ 2009, S. 283 ff.; wohl auch *Ruttig*, ZfWG 2008, S. 451 (453).

¹¹⁵⁹ Siehe bspw. OLG Schleswig-Holstein, Entsch. v. 31.07.2009 – 3 U 27/09, OLGR Schleswig 2009, S. 665 (668); LG Kiel, Entsch. v. 23.01.2009 – 14 O 145/08, ZfWG 2009, S. 52 (53); OVG Sachsen-Anhalt, 18.08.2009 – 3 M 415/08, ZfWG 2009, S. 355 (360); VGH Baden-Württemberg, Entsch. v. 10.12.2009 – 6 S 1110/07, ZfWG 2010, S. 24 (29); OLG Frankfurt, Entsch. v. 04.06.2009 – 6 U 261/07, ZfWG 2009, S. 268 (270); OVG Berlin-Brandenburg, Entsch. v. 19.01.2010 – 1 S 121.09, Rn. 13; Entsch. v. 14.01.2010 – 1 S 64.09, Rn. 13; LG Köln, Entsch. v. 09.07.2009 – 31 O 599/08, Rn. 46 ff.; VG Düsseldorf, Entsch. v. 18.05.2009 – 27 L 1139/08, Rn. 174; LG Hannover, Entsch. v. 28.01.2009 – 21 O 105/08, Rn. 26 u. 31; VG Wiesbaden, Entsch. v. 22.01.2009 – 5 L 418/08, Rn. 20; VGH Bayern, Entsch. v. 22.07.2009 – 10 CS 09.1184, 10 CS 09.1185, Rn. 36; VG Bremen, Urteile v. 11.09.2009 – 5 V 1535/08, 5 V 3589/08, 5 V 1760/08, 5 V 1920/08, 5 V 1090/09, jeweils Rn. 17 ff.; (alle juris).

¹¹⁶⁰ Urt. v. 01.06.2011 – 8 C 5/10, GewArch 2012, S. 117 (118, Rn. 18-29). – Die Prüfung hat sich allerdings im Hinblick auf die Zulässigkeit von Gewinnspielen im Rundfunk und den Sonderregelungen in §§ 12 Abs. 2, 25 Abs. 6 GlüStV 2008 nur auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG beschränkt. Eingriffe in die Berufsfreiheit wurden dagegen – wohl angesichts der anschließenden ausführlichen Prüfung der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56, 57 AEUV (Rn. 31 ff. d. Urteils) nicht angesprochen.

¹¹⁶¹ Im übrigen wären bei der Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit, vor allem der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, dieselben bzw. vergleichbare Rechtfertigungsanforderungen anzulegen wie im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigungsprüfung, v.a. im Hinblick auf die Erforderlichkeit und Geeignetheit (s. unten, S. 273 ff.). – Siehe zur Verfassungskonformität des Fernsehwerbverbotes *Hecker/Ruttig*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 59 ff.; *Fackler*, Fernsehen und Glücksspiel, S. 48 f.; ferner die ausführliche, jedoch vor dem Nichtannahmebeschluss des BVerfG v. 14.10.2008 erfolgte verfassungsrechtliche Überprüfung des Fernsehwerbverbotes des § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 bei *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 186 ff., bei dem die Prüfung der Eingriffe in die Programm- und Berufsfreiheit privater Fernsehveranstalter im Vordergrund steht, nicht aber die Grundrechtsbetreffenheit der Glücksspielanbieter. Auch dort wird im Ergebnis die Rechtmäßigkeit des Fernsehwerbverbotes sowohl nach Verfassungs- als auch nach Gemeinschaftsrecht bestätigt. A.A. *Fischer*, Recht der Glücksspiele, S. 253 f., der die Werbeverbote des § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 (ebenfalls vor Erlass des Nichtannahmebeschlusses) als unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG ansieht (vgl. die

die Vereinbarkeit mit vorrangigem Gemeinschaftsrecht, da das BVerfG auf diese mangels Binnenmarktbezug des zugrundeliegenden Sachverhaltes nicht eingegangen ist.¹¹⁶²

II. Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht

Angesichts der von der Europäischen Kommission im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4866 geäußerten Zweifel an der Kohärenz der medienpezifischen Werbebeschränkungen des GlüStV 2008 sowie in Anbetracht der dargestellten Literaturkritik und der Urteile¹¹⁶³, in denen die Vereinbarkeit der glücksspielstaatsvertraglichen Werbebeschränkungen mit dem Gemeinschaftsrecht ebenfalls in Frage gestellt wird, soll nun das in § 5 Abs. 3 GlüStV enthaltene Fernseh- und Internetwerbeverbot auf seine Gemeinschaftsrechtskonformität hin untersucht werden.¹¹⁶⁴

Zu beachten ist, dass sich der EuGH mit den medienpezifischen Werbeverböten des GlüStV in seinen bisherigen glücksspielrechtlichen Entscheidungen noch nicht befasst hat, auch wenn insbesondere seine Ausführungen in den viel diskutierten Urteilen vom 8. September 2010¹¹⁶⁵ zur erforderlichen Gesamtkohärenz¹¹⁶⁶ des deutschen Glücksspielrechts mittelbare Auswirkungen auf deren gemeinschaftsrechtliche Beurteilung haben. Da eine gemeinschaftsrechtliche Prüfung nach übergreifender höchstrichterlicher Rechtsprechung¹¹⁶⁷ im Bereich der Glücksspiele aber für jede nationale Beschränkung gesondert zu erfolgen hat und die Werbeverbote insofern nicht „monopolakzessorisch“ in dem Sinne sind, dass sie bei einer eventuellen Unionsrechtswidrigkeit einzelner strittiger Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages keine Wirkung mehr entfalten können,¹¹⁶⁸ beschränkt sich die nachfolgende Untersuchung allein auf die für diese nationalen Werbeverbote relevanten Aspekte des Gemeinschaftsrechts mit den europarechtlichen Vorgaben des EuGH.

kurze Begründung hierfür oben S. 258); ablehnend auch *Johnston*, Unterlassungsansprüche im Glücksspielrecht, S. 86.

¹¹⁶² Vgl. *Hilf/Ploockl*, ZfWG 2009, S. 8 (12).

¹¹⁶³ Siehe die Nachweise in Fn. 1130.

¹¹⁶⁴ Auf das ebenfalls darin enthaltene Verbot der Werbung über Telekommunikationsanlagen soll – wie bereits angekündigt (siehe oben, S. 248 sowie Fn. 1078) – entsprechend auch des bisherigen Betrachtungsschwerpunkts dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden, da die Telefonwerbung nicht als Werbung mit Breitenwirkung anzusehen ist, die sich an eine unbestimmte Anzahl von Werbeadressaten richtet. Anders als die Werbung in den bisher behandelten Medien kann mittels Telefonwerbung lediglich pro Maßnahme nur ein Adressat erreicht werden, was die Attraktivität dieses Mediums für massenwirksame Werbezwecke erheblich einschränkt.

¹¹⁶⁵ Rs. C-409/06 – *Winner Wetten*, GewArch 2010, S. 442 ff.; verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07 – *Markus Stoß u.a.*, GewArch 2010, S. 444 ff.; Rs. C-46/08 – *Carmen Media Group*, GewArch 2010, S. 448 ff. – Unter Bezugnahme auf diese Entscheidungen haben in der Folgezeit diverse Instanzgerichte den GlüStV 2008 für unionsrechtswidrig erklärt, siehe statt vieler die Nachweise bei *Hecker*, WRP 2012, S. 523 (525, Fn. 19).

¹¹⁶⁶ Siehe hierzu erläuternd unten, S. 278 ff.

¹¹⁶⁷ EuGH, GewArch 2010, S. 448 (450, Rn. 60); hierauf verweisend BGH, Urt. v. 28.09.2011 – I ZR 93/10, WRP 2010, S. 965 (970, Rn. 45).

¹¹⁶⁸ Siehe BVerwG, GewArch 2012, S. 117 (117, Rn. 12).

Keinesfalls soll sie eine abschließende Prüfung der Vereinbarkeit des gesamten Regelungswerkes des GlüStV mit den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, insbesondere mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56, 57 AEUV, darstellen.¹¹⁶⁹

1. Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit

Grundvoraussetzung ist, dass die Grundfreiheiten des EG-Vertrages für die grenzüberschreitend tätigen Glücksspielanbieter und -vermittler gelten, die von den staatsvertraglichen Werbeverboten betroffen sind.

Da es bislang noch keine Harmonisierungsmaßnahmen für den Glücksspielbereich gibt, sind die EG-Grundfreiheiten grundsätzlich unmittelbar anwendbar.¹¹⁷⁰ Das Glücksspielrecht ist sowohl aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie¹¹⁷¹ als auch aus dem Anwendungsbereich der Fernsehrichtlinie¹¹⁷² ausgeklammert. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH stellen deswegen Tätigkeiten, die darin bestehen, gegen Entgelt Glücksspiele zu veranstalten und zu vermitteln, Dienstleistungen im Sinne des Art. 56 AEUV dar.¹¹⁷³ Die grenzüberschreitende Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen aller Art fällt damit in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit, welche Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, verbietet.¹¹⁷⁴ Gleiches gilt für die Werbung für Glücksspiele und ihre Vermittlung, da eine solche Tätigkeit nur eine konkrete Einzelheit der Veranstaltung und des Ablaufs der Spiele darstellt, auf die sie sich bezieht.¹¹⁷⁵

¹¹⁶⁹ Siehe ablehnend zur Vereinbarkeit des GlüStV 2008 mit Gemeinschaftsrecht *Ciszewski*, Glücksspielregulierung, S. 33 ff.; *Johnston*, Unterlassungsansprüche im Glücksspielrecht, S. 8 ff.; *Fischer*, Recht der Glücksspiele, S. 269 ff.; differenzierend, aber im Ergebnis bejahend *Thaysen*, Sportwetten in Deutschland, S. 89 ff.

¹¹⁷⁰ Siehe zur Anwendbarkeit des EGV und dem Verhältnis zu bestehenden Harmonisierungsmaßnahmen auch *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 215 ff. sowie *Halterm*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, EGV, Rn. 3 f.

¹¹⁷¹ Erwägungsgrund 25 und Art. 2 Abs. 2 lit. h der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 12.12.2006, ABl. L 376 v. 27.12.2006, S. 36.

¹¹⁷² Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 89/552/EWG v. 03.10.1989, ABl. EG L 298 v. 17.10.1989, S. 23 (29).

¹¹⁷³ Vgl. EuGH in st. Rspr., Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-409/06, GewArch 2010, S. 442 (443, Rn. 43); Rs. C-316/07, WRP 2010, S. 1338 (1343); Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07, Slg. 2009, I-07633, Rn. 52 – *Liga Portuguesa*; Urt. v. 06.03.2007 – verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-01891, Rn. 44 – *Placanica u.a.*; Urt. v. 06.11.2003, Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13031, Rn. 52 – *Gambelli*; Urt. v. 30.01.2003, Rs. C-42/02, Slg. 2003, I-13519, Rn. 19 – *Lindman*; Urt. v. 21.10.1999, Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-07289, Rn. 24 – *Zenatti*; Urt. v. 21.09.1999, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-06067, Rn. 27 – *Läänä*; Urt. v. 24.03.1993, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-01039, Rn. 37 – *Schindler*.

¹¹⁷⁴ So und weiterführend *Wiring*, ZfWG 2007, S. 203 (204). Siehe auch *Halterm*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, EGV, Rn. 6 m.w.N.; zur grenzüberschreitenden Tätigkeit von Fernsehveranstaltern siehe *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 218 ff.

¹¹⁷⁵ So der EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-409/06, GewArch 2010, S. 442 (443, Rn. 43); Rs. C-316/07, WRP 2010, S. 1338 (1342); beide m.w.N.

Die übrigen Grundfreiheiten sind dagegen vorliegend nicht einschlägig. Die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV gewährt zwar einem in der Europäischen Gemeinschaft ansässigen Unternehmen das Recht, eine Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat zu gründen, ist aber bei den hier untersuchten Werbeverböten, die lediglich nicht-körperliche Leistungen betreffen, nicht anwendbar. Die Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 63 AEUV ist ebenfalls nicht zu prüfen, da etwaige beschränkende Wirkungen des GlüStV auf den freien Kapital- und Zahlungsverkehr lediglich eine unvermeidbare Folge der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit wären.¹¹⁷⁶

2. Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

Weiter muss geprüft werden, ob die Dienstleistungsfreiheit durch die Werbeverböte des § 5 Abs. 3 GlüStV eingeschränkt wird. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH umfasst die Dienstleistungsfreiheit nicht nur die Beseitigung jeder gezielten Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller unterschiedslos für einheimische Dienstleistungserbringer wie für Dienstleistungserbringer anderer Mitgliedstaaten geltenden mittelbaren Beschränkungen, welche zwar nicht direkt auf die Staatsangehörigkeit abstellen, sondern zu einer lediglich faktischen Schlechterstellung von Ausländern führen.¹¹⁷⁷ Das Diskriminierungsgebot besagt insofern, dass eine absolute Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Dienstleistungserbringern erfolgen muss und umfasst alle direkten, aber auch indirekten versteckten Diskriminierungen.¹¹⁷⁸ Darüber hinaus sieht der EuGH die Dienstleistungsfreiheit als ein allgemeines Beschränkungsverbot an, nach dem auch alle unterschiedslos anwendbaren Regelungen einen Eingriff darstellen, „sofern sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistungserbringers, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.“¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁶ EuGH, Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07, Slg. 2009, I-07633, Rn. 47 m.w.N. – Siehe zur Abgrenzung zu den übrigen Grundfreiheiten auch *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 221 f. sowie zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit privater Fernsehveranstalter auf die Einschränkungen des § 5 Abs. 3 GlüStV auf S. 215 ff.; ferner auch *Johnston*, Unterlassungsansprüche im Glücksspielrecht, S. 97 ff.

¹¹⁷⁷ *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 224 f. mit Verweis auf *Kluth*, in Callies/Ruffert, Art. 49/50, Rn. 53. Vgl. grundlegend EuGH, Urt. v. 03.12.1974, Rs. C-33/74, Slg. 1974, 01299, Rn. 10/12; siehe auch Urt. v. 28.03.1996, Rs. C-272/94, Slg. 1996, I-01905, Rn. 10 m.w.N.; Urt. v. 12.12.1996, Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-06511, Rn. 25.

¹¹⁷⁸ So *Seyr*, in Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 56, 57, Rn. 19 m.w.N.

¹¹⁷⁹ EuGH, Urt. v. 09.07.1999, Rs. C-222/95, Slg. 1997, I-03899, Rn. 18 m.w.N. Hierauf hinweisend *Seyr*, in Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 56, 57, Rn. 20; siehe ebenso die Nachweise in Fn. 1177 sowie *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 224 f.; *Fischer*, Recht der Glücksspiele, S. 273, alle m.w.N.

Die Werbeverbote des § 5 Abs. 3 GlüStV werden als solch unterschiedslos geltende Maßnahmen qualifiziert,¹¹⁸⁰ da sie nicht zwischen Angehörigen unterschiedlicher Mitgliedstaaten trennen, sondern die Bewerbung von in Deutschland nutzbaren Glücksspielangeboten nationaler sowie EG-ausländischer staatlicher und privater Glücksspielanbieter gleichermaßen und damit nicht-diskriminierend untersagen.¹¹⁸¹ *Hüsken*¹¹⁸² geht in diesem Zusammenhang sogar so weit, dass er dem Fernsehverbot die Eigenschaft einer faktischen Marktzugangsbehinderung zuspricht, da EG-ausländische Glücksspielanbieter ebenso wie deutsche daran gehindert würden, ihre Dienstleistungen in Deutschland mittels Werbung bekannt zu machen.

3. Rechtfertigung

Nicht-diskriminierende Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können gemäß der Rechtsprechung des EuGH durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden und müssen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.¹¹⁸³

a) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses

Im Zusammenhang mit staatlichen Glücksspielregelungen hat der EuGH verschiedene Gründe des Allgemeininteresses anerkannt, die zwar nicht gezielt für die Beschränkung der Glücksspielwerbung entwickelt wurden, die er aber zur Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit regelmäßig heranzieht.¹¹⁸⁴ Zu diesen zwingenden Allgemeinwohlintereessen gehören der Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung, die Vermeidung von Anreizen zu überhöhten

¹¹⁸⁰ *Haltern*, Gemeinschaftsrechtliche Aspekte des Glücksspiels, S. 19; *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 225 f.; dies allgemein für Werbebeschränkungen bestätigend auch *Seyr*, in Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 56, 57, Rn. 20 m.w.N.

¹¹⁸¹ *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 225.

¹¹⁸² Sportwettenwerbung, S. 225 f.

¹¹⁸³ EuGH, Urt. v. 21.10.1999, Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-07289, Rn. 29; Urt. v. 21.09.1999, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-06067, Rn. 31; EuGH, Urt. v. 11.09.2003, Rs. C-6/01, Slg. 2003, I-08621, Rn. 86; EuGH, Urt. v. 12.06.2003, Rs. C-234/01, Slg. 2003, I-05933, Rn. 65. – Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit werden grds. durch die in Art. 62 i.V.m. Art. 52 Abs. 1 AEUV genannten Rechtfertigungsgründe legitimiert, sofern die öffentliche Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit dies erfordert. Da die Werbeverbote des § 5 Abs. 3 GlüStV aber nicht-diskriminierende Beschränkungen darstellen, können sie auch mittels des erheblich weiter gefassten ungeschriebenen Rechtfertigungsgrundes der zwingenden Allgemeinwohlintereessen gerechtfertigt werden, vgl. *Wiring*, ZFWG 2007, S. 203 (204) und generell *Seyr*, in Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 56, 57, Rn. 23. Eine solche Prüfung nimmt jedoch *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 226 f. in Konsequenz seiner Einstufung des Fernsehverbot als faktische Marktzugangsbehinderung vor.

¹¹⁸⁴ Siehe hierzu EuGH, Urt. v. 24.03.1994, C-275/92, Slg. 1994, I-01039, Rn. 58 – *Schindler*; Urt. v. 21.09.1999, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-06067, Rn. 33 – *Lääriä*; Urt. v. 21.10.1999, Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-07289, Rn. 31 – *Zenatti*; Urt. v. 11.09.2003 – C-6/01, Slg. 2003, I-08621, Rn. 73 – *Anomar*; Urt. v. 06.11.2003, Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13031, Rn. 63 u. 67 – *Gambelli*; Urt. v. 06.03.2007, Rs. C-338/04, Slg. 2007, I-01891, Rn. 46 f. – *Placanica*. Zur EuGH-Rspr. umfassend

Spielausgaben sowie die Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen und die Verminderung der Gelegenheit zum Spielen.¹¹⁸⁵ Kein taugliches Allgemeininteresse ist – auch das hat der EuGH wiederholt hervorgehoben – die Kanalisierung des Glücksspiels zur Sicherung höherer Einnahmen für den Staat. Wirtschaftliche Gründe könnten eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit regelmäßig nicht rechtfertigen; die Erzielung von Einnahmen für gemeinnützige oder wohltätige Zwecke dürfe nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der Beschränkung sein.¹¹⁸⁶

Die Werbeverbote des § 5 Abs. 3 GlüStV sind ein wichtiger Bestandteil des Gesamtregelwerkes Glücksspielstaatsvertrag, welcher strikt an dem Ziel einer wirksamen Suchtbekämpfung ausgerichtet ist. Ziele des Staatsvertrages sind nach § 1 GlüStV u.a. das Entstehen von Glücksspielsucht und Wertsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen, den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken und sicherzustellen, dass Spieler vor betrügerischen Machenschaften geschützt und die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität abgewehrt werden. Diese Ziele dienen im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erkennbar dem Verbraucherschutz, der Betrugsverbeugung und dem Schutz der Sozialordnung. Auch mit der kontrollierten Lizenzvergabe im Sektor der Sportwetten wollen die Länder eine geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel schaffen, um das Spielinteresse der Bevölkerung auf legale Angebote zu kanalisieren. Demnach verfolgen sie mit dem Glücksspielstaatsvertrag insgesamt Ziele, die zwingende Gründe des Allgemeinwohls darstellen.¹¹⁸⁷

Dies gilt insbesondere für die Werbereglementierungen in § 5 GlüStV, da in dessen Abs. 1 eine unmittelbare Verknüpfung mit dem Zielkatalog des § 1 GlüStV erfolgt. Auch ausweislich der staatsvertraglichen Begründungen sollen die Werbebeschränkungen dem Schutz der Gesundheit aller potentiellen Spieler im Allgemeinen, sowie im Besonderen dem Schutz Minderjähriger und Jugendlicher vor den Gefahren des Glücksspiels in Hinblick auf ihre Entwicklung dienen.¹¹⁸⁸ Der Gesundheitsschutz aller und insbesondere jugendlicher Spieler vor den Gefahren des Glücksspiels ist insofern als weiteres Allgemeinwohlinteresse im Sinne der EuGH-Rechtsprechung zu sehen.

auch *Johnston*, Unterlassungsansprüche im Glücksspielrecht, S. 100 ff.; *Fischer*, Recht der Glücksspiele, S. 275 ff. sowie *Haltern*, Gemeinschaftsrechtliche Aspekte des Glücksspiels, S. 23 ff.

¹¹⁸⁵ EuGH, Urt. v. 24.03.1991, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-01039, Rn. 57; Urt. v. 21.09.1999, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-06067, Rn. 33; Urt. v. 21.10.1999, Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-07289, Rn. 31; Urt. v. 06.11.2003, Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-05933, Rn. 67; Urt. v. 06.03.2007, Rs. C-338/04, Slg. 2007, I-01891, Rn. 52.

¹¹⁸⁶ EuGH, Urt. v. 06.11.2003, Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-05933, Rn. 62; Urt. v. 06.10.2009, Rs. C-153/08, Slg. 2009, I-09735, Rn. 43 m.w.N.

¹¹⁸⁷ So *Haltern*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, EGV, Rn. 13.

¹¹⁸⁸ Siehe Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006, S. 6 und 16.

b) Verhältnismäßigkeit

Allerdings reicht allein die bloße Zielsetzung zur Verfolgung der vom EuGH im Rahmen der Glücksspielregulierung anerkannten Ziele des Allgemeininteresses noch nicht aus, um die medienspezifischen Werbeverbote des § 5 Abs. 3 GlüStV zu rechtfertigen. Die Verbote müssen auch den Anforderungen des EuGH in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffes in die Dienstleistungsfreiheit genügen. Dabei stimmt der gemeinschaftsrechtliche Verhältnismäßigkeitsbegriff nicht komplett mit dem gleichlautenden Begriff des deutschen Rechts überein, da der EuGH regelmäßig allein auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer mitgliedstaatlichen Beschränkung abstellt und eine tiefere Angemessenheitsprüfung nicht vornimmt.¹¹⁸⁹ Folglich ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gesondert für jede staatliche Beschränkung der Grundfreiheiten im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfen, ob sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten, und ob die auferlegten Beschränkungen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.¹¹⁹⁰ Diesen Anforderungen muss sich auch das glücksspielstaatsvertragliche Internet- und Fernsehwerbeverbot stellen.

aa) Geeignetheit

Geeignet i.S.d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist eine mitgliedstaatliche Beschränkung, wenn sie grundsätzlich in der Lage ist, einen tauglichen Beitrag zu den mit ihr angestrebten Zielen zu leisten. Die medienspezifischen Werbeverbote des § 5 Abs. 3 GlüStV müssen also geeignet sein, das Hauptziel der wirksamen Bekämpfung von Spiel- und Wertsucht zu fördern.

Im Bereich des Glücksspielrechts hat der EuGH seine Anforderungen an die Geeignetheit weitgehend konkretisiert:¹¹⁹¹ So gesteht er den Mitgliedstaaten auf der einen Seite aufgrund der Besonderheiten des Glücksspiels einen weiten Ermessens- und Handlungsspielraum hinsichtlich der Auswahl der zur Zielerreichung geeigneten Maßnahmen zu.¹¹⁹² Auf der anderen Seite fordert er aber regelmäßig, dass die nationalen Regelungen das nationale Glücksspielrecht in seiner Gesamtheit „kohärent und systematisch“ begrenzen.¹¹⁹³

¹¹⁸⁹ *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 229 sowie *Haltern*, Gemeinschaftsrechtliche Aspekte des Glücksspiels, S. 21 u. 43. Vgl. auch *Thaysen*, Sportwetten in Deutschland, S. 92 m.w.N.

¹¹⁹⁰ EuGH, Urt. v. 21.10.1999, Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-07289, Rn. 29; Urt. v. 21.09.1999, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-06067, Rn. 31; Urt. v. 11.09.2003, Rs. C-6/01, Slg. 2003, I-08621, Rn. 86; Urt. v. 12.06.2003, Rs. C-234/01, Slg. 2003, I-05933, Rn. 65.

¹¹⁹¹ Siehe hierzu und zum nachfolgenden die Darstellung bei *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 229 f.

¹¹⁹² EuGH, Urt. v. 24.03.1994, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-01039, Rn. 61; NJW 2004, S. 139 (140) – *Gambelli*; EuZW 2007, S. 209 (211) – *Placanica*. Siehe hierzu auch *Haltern*, Gemeinschaftsrechtliche Aspekte des Glücksspiels, S. 31 f.; *Heermann*, WRP 2008, S. 479 (484); *Ennuschat*, ZfWG 2008, S. 83 (87).

¹¹⁹³ Vgl. EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07, GewArch 2010, S. 444 (446, Rn. 88); Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (450, Rn. 55); EuGH, NJW 2004, S. 139 (140, Rn. 67) – *Gambelli*; ebenso EuZW 2007, S. 209 (212) – *Placanica*.

aaa) Ermessens- und Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten

Nach der Rechtsprechung des EuGH steht es im Ermessen eines Mitgliedstaates, inwieweit er auf seinem Gebiet im Bereich von Wetten, Lotterien und anderen Glücksspielen Schutz gewähren will und ob es im Rahmen dessen notwendig ist, Tätigkeiten dieser Art vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genügt, sie zu beschränken und zu diesem Zweck bestimmte Kontrollen vorzusehen.¹¹⁹⁴ Der Europäische Gerichtshof hat dabei wiederholt betont, dass der Glücksspielmarkt kein Markt wie jeder andere sei, sondern besonderen sittlichen, religiösen oder kulturellen Bedingungen unterliege.¹¹⁹⁵ Die mit Spielen und Wetten einhergehenden sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft rechtfertigten ein ausreichend weitreichendes Ermessen der staatlichen Stellen, im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem entsprechenden Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben würden.¹¹⁹⁶ Aufgrund dessen stehe es den Mitgliedstaaten zwar grundsätzlich frei, das angestrebte Schutzniveau ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele genau zu bestimmen, dennoch – auch das stellt der EuGH deutlich heraus – müssten die mitgliedstaatlichen Beschränkungen auch im Rahmen dieses Ermessens den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs regelmäßig ergebenden Anforderungen an die Geeignetheit genügen.¹¹⁹⁷

(a) Verbot der Fernsehwerbung

Das grundsätzliche Verbot der Glücksspielwerbung im Fernsehen gem. § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV ist geeignet, die mit ihm verfolgten Ziele der Suchtbekämpfung und des Jugend- und Spielerschutzes zu gewährleisten, da durch den Wegfall von Fernsehwerbespots weniger potentielle (jugendliche¹¹⁹⁸) Spieler oder Spieler mit bereits problematischem Spielverhalten von entsprechenden Werbespots angesprochen und zur Teilnahme am Glücksspiel ermuntert werden können.¹¹⁹⁹ Da durch den Ausschluss von Werbung in diesem Medium die Entstehung neuer Suchtfälle somit dem Grunde nach verhindert werden kann, haben die Landesgesetzgeber insofern mit dem Fernsehverbot in zulässiger Weise ihr Ermessen ausgeübt.¹²⁰⁰

¹¹⁹⁴ EuGH, Urt. v. 24.03.1994, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-01039, Rn. 61; Urt. v. 21.10.1999, Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-07289, Rn. 33.

¹¹⁹⁵ EuGH, Urt. v. 24.03.1994, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-01039, Rn. 60; Urt. v. 20.11.2001, Rs. C-268/99, Slg. 2001, I-08615, Rn. 56 u. 60; Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07, Slg. 2009, I-07633, Rn. 57.

¹¹⁹⁶ EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07, GewArch 2010, S. 444 (446, Rn. 76).

¹¹⁹⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07, GewArch 2010, S. 444 (446, Rn. 77); Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07, Slg. 2009, I-07633, Rn. 59 m.w.N.

¹¹⁹⁸ Ausweislich der Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006, S. 7 u. 16 ist problematisches Spielverhalten bereits im Alter zwischen 13 und 19 Jahren zu beobachten.

¹¹⁹⁹ *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 230 f.

¹²⁰⁰ So *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 231.

(b) Verbot der Internetwerbung

Aus den gleichen Gründen ist das in § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV verankerte grundsätzliche Internetwerbeverbot – vor allem in Verbindung mit dem in § 4 Abs. 4 GlüStV normierten Veranstaltungs- und Vermittlungsverbot – eine ebenso geeignete Maßnahme zur Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht. Auch hier werden durch den Wegfall von internetspezifischen Werbeformen wie Bannern und Pop-Up-Fenstern die Anreize zur Teilnahme an Glücksspiel insgesamt erheblich vermindert und hinsichtlich dieses Mediums komplett ausgeschlossen.

Dabei ist es der grundsätzlichen Geeignetheit dieser Maßnahme auch nicht abträglich, dass das Verbot aufgrund technischer Umgehungsmöglichkeiten nicht vollständig kontrollierbar ist.¹²⁰¹ Vielmehr wird richtigerweise als ausreichend angesehen, wenn es „einen wesentlichen Beitrag zur Bekämpfung der Spielsucht und zur Begrenzung der Wettleidenschaft leisten kann.“¹²⁰² Insofern entfalle seine Geeignetheit nicht aufgrund der Überlegung, dass Werbung weltweit ins Internet eingestellt werde und dann von Deutschland aus aufgerufen werden könne. Denn schließlich unterliege eine vom Ausland aus ins Internet gestellte Werbung für ein im Inland veranstaltetes öffentliches Glücksspiel genauso der bundesweit geltenden Untersagung aus § 5 Abs. 3 GlüStV wie eine vom Inland aus eingestellte Werbemaßnahme.¹²⁰³ Auch der EuGH hat diesbezüglich festgestellt, dass es zwar zutrefte, dass das Internet schwieriger zu kontrollieren sei, einem Mitgliedstaat könne „aber nicht allein deshalb das Recht versagt werden, die Anwendung einseitiger restriktiver Normen, die er zu legitimen, im Allgemeininteresse liegenden Zielen erlassen hat, auf das Internet zu erstrecken, weil diese technische Übertragungsform ihrem Wesen nach transnational ist. Zum anderen steht fest, dass den Mitgliedstaaten durchaus technische Mittel zur Verfügung stehen, die es ihnen erlauben, die Beachtung der von ihnen erlassenen Normen gegenüber im Internet tätigen und in der einen oder anderen Weise ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Wirtschaftsteilnehmern so wirkungsvoll wie möglich zu gewährleisten.“¹²⁰⁴ Somit können auch aus Sicht des EuGH etwaige praktische Probleme des Staates, aufgrund eines Vollzugsdefizites Verbote im Internet wirksam durchzusetzen, ihre grundsätzliche Rechtmäßigkeit nicht in Frage stellen.

Eine räumliche Begrenzung der Internetwerbung auf Nutzer außerhalb des Bundesgebietes ist dabei mit Hilfe sog. Geolokalisationsprogramme technisch auch möglich, so dass gegen inländische Spielveranstalter und Werbeagenturen dann mit

¹²⁰¹ So die zutreffende Auffassung des VGH Bayern, Entsch. v. 20.11.2008 – 10 CS 08.2399, ZfWG 2008, S. 455 (461 f., Rn. 50).

¹²⁰² VGH Bayern, ZfWG 2008, S. 455 (461 f., Rn. 56).

¹²⁰³ VGH Bayern, ZfWG 2008, S. 455 (463 f., Rn. 62).

¹²⁰⁴ EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07, GewArch 2010, S. 444 (446, Rn. 86 f.).

Zwangsmaßnahmen eingeschritten werden kann, wenn sie sich im Ausland stehender Provider bedienen.¹²⁰⁵ Die Tatsache, dass die Durchsetzung des Verbots insofern nur in Einzelfällen erschwert, nicht aber unmöglich ist, kann die grundsätzliche Eignung des Werbeverbotes zur Zweckerreichung nicht in Frage stellen.¹²⁰⁶ Für die Geeignetheit genügt es vielmehr, wenn – wie bereits dargestellt – die gesetzliche Regelung zur Zielerreichung beitragen kann, wie es das Internetwerbeverbot aufgrund der dargestellten Überlegungen tut.¹²⁰⁷

bbb) Erfordernis einer kohärenten und systematischen Begrenzung

Grundsätzlich ist im Bereich der Grundfreiheiten zur Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Maßnahmen ein allgemeines Erfordernis einer kohärenten und systematischen Beschränkung unbekannt.¹²⁰⁸ Hinsichtlich von Einschränkungen mit dem Ziel der Verminderung der Glücksspielsucht hat der EuGH jedoch mehrfach betont, dass die entsprechenden staatlichen Maßnahmen in konsistenter Weise „kohärent und systematisch“ zur Begrenzung der Wetttätigkeit beitragen müssen.¹²⁰⁹ Bezugnehmend hierauf wurde den Werbeverboten des § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 vorgeworfen, dass sie nicht den Geeignetheitsanforderungen entsprächen, weil sie eben diesen Kriterien einer kohärenten und systematischen Begrenzung der Glücksspieltätigkeit widersprechen würden.

(a) Kohärenz der Werbebeschränkung aller Glücksspielsektoren

So wurde noch unter Geltung des GlüStV 2008 vor allem seitens der Europäischen Kommission – wie schon oben beschrieben¹²¹⁰ – vorgetragen, dass für bestimmte

¹²⁰⁵ Hierzu weiterführend VGH Bayern, ZfWG 2008, S. 455 (461 f., Rn. 50); zustimmend *Klinger*, jurisPR-ITR 4/2009, Anm. 4; OVG Nordrhein-Westfalen, Urte. v. 13.07.2010 – 13 B 676/10, Rn. 54 f. m.w.N. (juris) – Zur Möglichkeit von Sperrverfügungen gegenüber dem Access-Provider *Ennuschat/Klestil*, ZfWG 2010, S. 389 ff.

¹²⁰⁶ VGH Bayern, ZfWG 2008, S. 455 (463 f., Rn. 62). – Auch nach Ansicht des BVerwG (Urte. v. 01.06.2011, Az. 8 C 5/10, Rn. 24 (juris)) hebt allein der Umstand, dass Verstöße gegen das Internetwerbeverbot nur schwer festzustellen und zu ahnden sind, deren grundsätzliche Eignung nicht auf, „zumal etwa gegenüber den Server-Betreibern und den Dienstleistungsunternehmen, die die finanziellen Transaktionen abwickeln, weitere Maßnahmen zur Durchsetzung des Verbots in Betracht kommen.“ Siehe zu den entsprechenden Möglichkeiten weiterführend auch *Deiseroth*, jurisPR-BVerwG 17/2011, Anm. 6.

¹²⁰⁷ So auch das VGH Bayern, ZfWG 2008, S. 455 (463 f., Rn. 62); ebenso OVG Hamburg, Urte. v. 25.03.2008 – 4 Bs 5/08, Rn. 25 (juris).

¹²⁰⁸ So *Noll-Ehlers*, EuZW 2008, S. 522 (522). – Der Begriff der Kohärenz ist lediglich als Rechtfertigungsgrund zur Beschränkung von Grundfreiheiten anerkannt, stellt aber nicht wie hier eine zusätzliche Anforderung an die Rechtfertigung, vgl. EuGH, Urte. v. 07.09.2004, Rs. C-319/02, Slg. 2004, I-07477, Rn. 42.

¹²⁰⁹ Vgl. EuGH, Urte. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07, GewArch 2010, S. 444 (446, Rn. 88); Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (450, Rn. 55); EuGH, Urte. v. 06.11.2003, Rs. C-243/01, EuZW 2004, S. 115 (116, Rn. 67); Urte. v. 06.03.2007, Rs. C-338/94, C-359/04, C-360/04, EuZW 2007, S. 209 (212, Rn. 53).

¹²¹⁰ Siehe oben, S. 255.

Glücksspiele mit höherem Suchtpotential, nämlich Spielbanken, Glücksspielautomaten und Pferdewetten, kein derart umfassendes Werbeverbot wie das des § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 bestehe. Dies sei ein eindeutiger Beleg für das „Fehlen einer kohärenten und in sich stimmigen nationalen Strategie zur Bekämpfung der Glücksspielsucht“ in Deutschland und würde deswegen dem europäischen Erfordernis einer übereinstimmenden und systematischen Begrenzung nicht gerecht werden.¹²¹¹

(aa) Ursache der divergierenden nationalen Glücksspielregelungen

Die Unterschiedlichkeit der nationalen Glücksspielregelungen – staatliches Glücksspielmonopol für Lotterien und Sportwetten auf Basis des GlüStV einerseits, ein Konzessionssystem mit Erlaubnisvorbehalt für Automaten Spiele und Pferdewetten andererseits – liegt im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland begründet. Rennwetten sind seit dem 08. April 1922¹²¹² im Rennwett- und Lotteriesgesetz geregelt, welches gem. Art. 123 Abs. 1, 125 Nr. 1 GG bis jetzt als Bundesrecht fortbesteht.¹²¹³ Erstmals mit Einführung des § 25 Abs. 3 RennwettLottG zum 30. Juni 2012¹²¹⁴ wurde den Ländern jedoch erlaubt, weitergehende Vorschriften über das Veranstellen und Vermitteln von Pferdewetten sowie Vorschriften über Regelungen zur Spielersperre, Spielwerbung und zum Schutz Minderjähriger zu erlassen.¹²¹⁵ Auf dieser Öffnungsklausel basieren die das RennwettLottG ergänzenden landesrechtlichen Regelungen des GlüStV 2012. Das Recht der Spielautomaten in §§ 33c ff. GewO unterlag ebenfalls zunächst der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes, wurde aber mit der Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch die Föderalismusreform von 2006 in den Zuständigkeitsbereich der Länder übertragen, so dass es gem. Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG vom GlüStV 2012 mitge-regelt werden konnte.¹²¹⁶

(bb) Erfordernis einer gesamtkohärenten Glücksspielregulierung

Bis zur Veröffentlichung der Entscheidungen vom 8. September 2010 war angesichts der Tatsache, dass das Erfordernis der kohärenten und systematischen Begrenzung der Wetttätigkeit vom EuGH bisher in keiner Entscheidung näher definiert worden war,¹²¹⁷ heftig umstritten, ob – wie vom Bundesverfassungsgericht und

¹²¹¹ Aufforderungsschreiben v. 31.01.2008 im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4866, ZfWG 2008, S. 32 (39); in diese Richtung tendierend ebenfalls *Engels*, WRP 2008, S. 470 (472).

¹²¹² RGBl. 1922, S. 335 (393).

¹²¹³ Siehe zur systematischen Verordnung des RennWettLottG im Gefüge des deutschen Glücksspielrechts *Ennuschat*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2012, RennwLottG Vorb, Rn. 4.

¹²¹⁴ Gesetz zur Besteuerung von Sportwetten v. 29.06.2012, BGBl. I, S. 1424.

¹²¹⁵ Siehe BRatDrs. 761/11 v. 16.12.2011.

¹²¹⁶ Ausführlich hierzu *Hecker*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2012, § 24, Rn. 1 ff.

¹²¹⁷ Der EuGH hat bisher lediglich immer nur bezogen auf den konkret zu entscheidenden Fall entschieden, wann Kohärenz im Einzelfall nicht gegeben war, vgl. *Noll-Ehlers*, EuZW 2008, S. 522 (523). – Auch in den aktuellen Entscheidungen führt der EuGH zunächst aus, dass „der Umstand, dass von verschiedenen Arten von Glücksspielen einige einem staatlichen Monopol und andere einer Regelung unterliegen, nach der private Veranstalter eine Erlaubnis benötigen, [...] für sich

einem großen Teil der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung angenommen¹²¹⁸ – im Rahmen der Kohärenzprüfung der mitgliedstaatlichen Glücksspielregulierung nur eine sektorale Betrachtung (sog. vertikale Kohärenz) angelegt werden muss, was für Deutschland bedeutet hätte, dass es lediglich auf eine in sich konsequent zielgerichtete Systematik der vom GlüStV erfassten Glücksspiele angekommen wäre, oder ob – wie von der Kommission und Teilen der Literatur¹²¹⁹ sowie von einigen Verwaltungsgerichten¹²²⁰ vertreten – eine übergreifend erfolgende Prüfung der Regulierung aller Glücksspiele (sog. horizontale Kohärenz) auch unter Bezugnahme des bundesrechtlich geregelten gewerblichen Automatenspiels und der Pferdewetten zu erfolgen hat.

So wurde von *Dietlein*¹²²¹ recht nachvollziehbar argumentiert, dass der EuGH bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit mitgliedstaatlicher Glücksspielbeschränkungen wiederholt auf die sittlichen, religiösen, aber auch kulturellen und damit insbesondere landeskulturellen historischen Unterschiede abgestellt habe, so dass er

genommen nicht dazu führen [kann], dass diese Maßnahmen ihre Rechtfertigung verlieren.“ (vgl. UrT. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (450, Rn. 63)). Anschließend schränkt er diese Aussage jedoch wieder ein und sagt, dass eine im Zuge dessen erfolgende Beschränkung „nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn die entsprechende restriktive Maßnahme geeignet ist, die Verwirklichung dieses Ziels dadurch zu gewährleisten, dass sie dazu beiträgt, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.“ (Rn. 64). – Wo hier aber genau die Grenzziehung liegt und wie erkannt werden soll, wann der Punkt erreicht ist, an dem eine Regelung im erlaubten Rahmen differenziert und ab wann demgegenüber eine unkohärente, nicht-systematische Regulierung anzunehmen ist, wird auch in den Urteilen vom 08.09.2010 an keiner Stelle weiterführend erläutert.

¹²¹⁸ Dies vertretend BVerfG, Beschl. v. 20.03.2009 – 1 BvR 2410/08, ZfWG 2009, S. 99 (101, Rn. 17; VGH Bayern, ZfWG 2008, S. 197 (200); OVG Hamburg, ZfWG 2008, S. 136 (139); OVG Hamburg, ZfWG 2007, S. 308 (308 f.); VG Stuttgart, ZfWG 2008, S. 140 (145); LG Frankfurt, ZfWG 2008, S. 52 (55) sowie VG Saarland, Entsch. v. 16.12.2009 – 6 L 1462/09, Rn. 81 f.; Entsch. v. 18.12.2008 – 6 K 37/06, Rn. 133; OLG Frankfurt, UrT. v. 04.06.2009 – 6 U 93/07, Rn. 80; VG Wiesbaden, Beschl. v. 26.02.2009 – 5 L 102/09, Rn. 8; LG Köln, Entsch. v. 09.07.2009 – 31 O 599/08, Rn. 50; VG Potsdam, Beschl. v. 02.04.2008 – 3 L 687/07, Rn. 27; VG Karlsruhe, Beschl. v. 12.03.2008 – 4 K 207/08, Rn. 31 (alle juris).

¹²¹⁹ *Reichert/Winkelmeier*, EuZW 2007, S. 214 (214); *Winkelmeier/Rietdorf*, ZfWG 2007, S. 441 (441 f.); *Koenig*, ZfWG 2009, S. 229 (233 f.) sowie *Koenig/Ciszewski*, ZfWG 2008, S. 397 (405), nach denen entscheidendes und konstitutives Merkmal aller Glücksspiele der Zufall sei und die verschiedenen Glücksspielarten bloße Ausprägungen des gleichen Regelungsgegenstandes, so dass ein Vergleich der Maßnahmen und Beschränkungen in den jeweiligen Glücksspielbereichen nicht nur zweckmäßig, sondern auch geboten sei. Siehe noch zur Kohärenz des GlüStV 2008 zu den Regelungskonzepten für Automatenspiele und Pferdewetten auch *Hilf/Ploeckl*, ZfWG 2009, S. 8 (11); *Becker*, ZfWG 2009, S. 1 (7); *Koenig*, ZfWG 2009, S. 229 (234); *Dörr*, DVBl 2010, S. 69 (74 f.) sowie zur Interpretation des Kohärenz-Kriteriums durch den EFTA-Gerichtshof *Haltern*, in *Dietlein/Hecker/Ruttig*, GlüStV 2008, EGV, Rn. 45; *Noll-Ehlers*, EuZW 2008, S. 522 (524) sowie *Koenig/Ciszewski*, ZfWG 2008, S. 397 (398).

¹²²⁰ VG Schleswig, Beschl. v. 30.01.2008 – 12 A 102/06, ZfWG 2008, S. 69 (74) sowie OVG Saarland, Beschl. v. 30.04.2007 – 3 W 30/06, Rn. 47; VG Gießen, Beschl. v. 07.05.2007 – 10 E 13/07, Rn. 46; VG Arnberg, Beschl. v. 05.03.2008 – I L 12/08, Rn. 42; VG Minden, Beschl. v. 28.02.2008 – 3 L 14/08, Rn. 19 f. (alle juris).

¹²²¹ ZfWG 2009, S. 327 (328). Vgl. ähnlich auch *Noll-Ehlers*, EuZW 2008, S. 522 (524 f.).

an den Eigenarten der föderalen Rechtskultur nicht achtlos vorbeigehen könne und eine auf eine sektorübergreifende Gesamtkohärenz abzielende europarechtliche Betrachtungsweise den Besonderheiten eines föderalen Bundesstaates wie dem der Bundesrepublik Deutschland nicht ausreichend Rechnung tragen würde.

Auch aus den vorhergehenden Urteilen des EuGH ergab sich bisher nicht die Pflicht der nationalen Gesetzgeber, sämtliche Bereiche des Glücksspielrechts kohärent zu regeln. Der Europäische Gerichtshof hatte in den entsprechenden Verfahren in der Vergangenheit niemals übergreifende Gesamtuntersuchungen angestellt, seine Ausführungen beschränkten sich vielmehr jeweils auf den streitgegenständlichen Sektor eines bestimmten Glücksspiels. So hat der EuGH in dem Verfahren *Gambelli*¹²²² lediglich ausgesprochen, dass eine kohärente und systematische Glücksspielbeschränkung nicht mehr gegeben sei, wenn der Staat einerseits private Anbieter ausschließe, andererseits die Bürger im Interesse der Erzielung von staatlichen Einnahmen zur Teilnahme an entsprechenden Spielen von in staatlicher Hand befindlichen Anbietern ermuntere. Auch in dem Verfahren *Placanica*¹²²³ hat der EuGH im Zuge der Kohärenzprüfung lediglich hervorgehoben, dass diejenigen Rechtsvorschriften, die Gegenstand der Entscheidung waren, weder mit dem Ziel einer Beschränkung der Spielleidenschaft der Verbraucher noch mit dem einer Eindämmung des Spielangebots gerechtfertigt werden könnten, da sie der gesetzgeberischen Absicht unterlägen, eine expansive Glücksspielpolitik zur Erhöhung der Staatseinnahmen zu betreiben. In dem Urteil *Liga Portuguesa*¹²²⁴ hat der Gerichtshof ebenso einzig den konkret in Rede stehenden Glücksspielsektor in den Blick genommen und geprüft, ob die betreffende nationale Regelung dem Anliegen gerecht wird, ihr Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Der Rechtsprechung des EuGH konnte vor diesem Hintergrund das Erfordernis einer Gesamtkohärenz in dem Sinne, dass alle Teilbereiche des nationalen Glücksspiels in gleicher Weise von einem staatlichen Vorgehen erfasst sein müssen, nicht mit Sicherheit entnommen werden.

Im Urteil *Carmen Media*¹²²⁵ hat der EuGH erstmals unmissverständlich darauf hingewiesen, dass der Umstand, dass die verschiedenen Glücksspiele zum Teil in die Zuständigkeit der Länder und zum Teil in die des Bundes fallen, im Rahmen der Kohärenzprüfung unbeachtlich zu sein hat. Ein Mitgliedstaat kann sich nach seiner Auffassung „nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung berufen [...], um die Nichteinhaltung seiner aus dem Unionsrecht folgenden Verpflichtungen zu rechtfertigen. Die interne Zuständigkeitsverteilung innerhalb eines Mitgliedstaats, namentlich zwischen zentralen, regionalen und lokalen Behörden, kann ihn u. a. nicht davon entbinden, den genannten Verpflichtungen nachzukommen. Dementsprechend müssen, auch wenn das Unionsrecht

¹²²² Urt. v. 06.11.2003, Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13031, Rn. 69.

¹²²³ Urt. v. 06.03.2007, Rs. C-338/04, Slg. 2007, I-01891, Rn. 54 ff.

¹²²⁴ Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07, Slg. 2009, I-07633, Rn. 58 ff.

¹²²⁵ Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 ff.

einer internen Zuständigkeitsverteilung, nach der für bestimmte Glücksspiele die Länder zuständig sind und für andere der Bund, nicht entgegensteht, in einem solchen Fall die Behörden des betreffenden Bundeslandes und die Bundesbehörden gleichwohl gemeinsam die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland erfüllen, nicht gegen Art. 49 EG zu verstoßen. Soweit die Beachtung dieser Bestimmung es erfordert, müssen diese verschiedenen Behörden dabei folglich die Ausübung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten koordinieren.¹²²⁶

Diese Ausführungen sprechen in ihrer Klarheit für sich: Im Rahmen der geforderten gesamtcohärenten Glücksspielausgestaltung ist es für den EuGH unerheblich, dass die Glücksspiele, die Gegenstand des Glücksspielstaatsvertrages 2008 waren, in die Zuständigkeit der Landesbehörden fielen, während für die damals nicht erfassten Glücksspielsektoren die Bundesbehörden zuständig waren.¹²²⁷ Nach seiner Auffassung ist also bei der Beurteilung der Geeignetheit einer staatlichen Maßnahme zur Bekämpfung der Glücksspielsucht nicht nur das einzelne, jeweils konkret betroffene Glücksspiel zu betrachten, sondern im Wege einer Gesamtbetrachtung auch alle anderen nationalen Spielarten.

Die Anforderungen an eine von der föderalen Kompetenzverteilung unabhängige und zwischen Bund und Ländern abgestimmte Regulierung aller Glücksspielarten konnte der EuGH in seinem ersten zum GlüStV 2012 ergangenen Urteil *Digibet und Albers*¹²²⁸ nicht weiter konkretisieren. Denn in dieser Entscheidung hatte er sich mit der Vorlagefrage des BGH¹²²⁹ zu beschäftigen, ob das für einen begrenzten Zeitraum geltende liberalere Glücksspielgesetz in Schleswig-Holstein Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der strengeren Beschränkungen des in den übrigen Bundesländern geltenden GlüStV 2012 hatte.¹²³⁰ Wie der EuGH selber feststellt, unterscheiden sich dabei die zu beurteilenden Umstände insofern von denen im Urteil *Carmen Media*, als dass nicht die gesamtcohärente Ausgestaltung des Glücksspielrechts in Bund und Ländern auf seine Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen war, sondern nur das horizontale Verhältnis unterschiedlicher Regelungen der Bundesländer untereinander.¹²³¹ Der EuGH überträgt deswegen die in *Carmen Media* für das Verhältnis zwischen Bund und Ländern aufgestellten Kohärenzvorgaben nicht auf die divergierenden Regulierungsansätze der Landesgesetzgeber.¹²³²

¹²²⁶ EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (450, Rn. 69 f.).

¹²²⁷ So zusammenfassend auch der EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (451, Rn. 71 a.E.).

¹²²⁸ Urt. v. 12.06.2014, Rs. C-156/13, MMR 2014, S. 554 ff.

¹²²⁹ Der BGH konnte wegen der Kohärenz-Vorgaben der *Carmen Media*-Entscheidung nicht ausschließen, dass wegen der in Schleswig-Holstein abweichenden Rechtslage die im GlüStV normierten Vertriebs- und Werbebeschränkungen im Internet der anderen Bundesländer gegen das Unionsrecht verstoßen, siehe Beschl. v. 24.01.2014 – I ZR 171/10, MMR 2013, S. 329 (330, Rn. 13).

¹²³⁰ Siehe oben, Fn. 1021.

¹²³¹ Urt. v. 12.06.2014, Rs. C-156/13, MMR 2014, S. 554 (555, Rn. 35).

¹²³² Dies ist insofern nachvollziehbar, als dass Glücksspielregelungen in Bundesgesetzen unmittelbar in allen Bundesländern gelten und dort zusammen mit den Ländergesetzen zu einer systematischen

Aber auch die dadurch aufgeworfene Frage, welche Anforderungen an eine horizontale Regulierungskohärenz auf Ebene der Bundesländer bestehen, nahm der EuGH nicht zum Anlass für tiefere Ausführungen. Er beschränkte sich vielmehr darauf, eine wegen der abweichenden Regelung in Schleswig-Holstein mögliche Inkohärenz des GlüStV 2012 mit der kurzen Begründung abzulehnen, die abweichende Rechtslage sei räumlich nur auf ein Bundesland und zeitlich auf 14 Monate begrenzt gewesen.¹²³³ Dies beeinträchtigt die Eignung der in den anderen Ländern geltenden Glücksspielbeschränkungen zur Erreichung der mit dem GlüStV 2012 verfolgten Ziele nicht im erforderlichen erheblichen Maße.¹²³⁴ Da die Gemeinschaft nach Art. 4 Abs. 2 EUV die föderalen Strukturen der Mitgliedstaaten nicht in Frage stellen dürfe, sondern deren eigenständige Rechtsetzungskompetenz schützen müsse, seien die anderen Bundesländer nicht verpflichtet gewesen, ihre Regulierungen an das nur kurzzeitig geltende niedrigere Verbraucherschutzniveau Schleswig-Holsteins anzupassen.¹²³⁵

Weitere für eine Konsistenzprüfung der gesamtstaatlichen Regulierung der Glücksspielwerbung relevante Feststellungen sind der Entscheidung nicht zu entnehmen.¹²³⁶ Zwar hat der EuGH nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass die erforderliche Gesamtkohärenz durch eine abweichende Normgebung eines oder mehrerer Bundesländer beeinträchtigt werden kann. In den einzelnen Ausführungsgesetzen der Länder bestehen aber seit dem Beitritt Schleswig-Holsteins zum GlüStV 2012 nur marginale Unterschiede, so dass mit der *Digibet und Albers*-Entscheidung die horizontale Kohärenz zwischen den Bundesländern als unproblematisch angesehen werden kann.¹²³⁷

Konsequenz der Rechtsprechung des EuGH seit dem Urteil *Carmen Media* ist somit, dass sowohl die Länder selber in ihrer legislativen Zuständigkeit, aber auch Bund und Länder zusammen sicherzustellen haben, dass das nationale Glücksspielrecht in seiner Gesamtheit von nebeneinander bestehenden bundes- und landesrechtlichen Regulierungen europarechtskonform ausgestaltet ist. Dieser Sichtweise

und widerspruchsfreien Glücksspielregulierung führen müssen. Demgegenüber können die Ländergesetze nicht miteinander kollidieren, weswegen es zwischen ihren Regelungsansätzen nicht zwingend ähnlich enger Vorgaben wie bei der bundessweiten Kohärenz bedarf.

¹²³³ Urt. v. 12.06.2014, Rs. C-156/13, MMR 2014, S. 554 (555, Rn. 36).

¹²³⁴ Urt. v. 12.06.2014, Rs. C-156/13, MMR 2014, S. 554 (555, Rn. 36).

¹²³⁵ Urt. v. 12.06.2014, Rs. C-156/13, MMR 2014, S. 554 (555 f., Rn. 34, 38).

¹²³⁶ Der EuGH hat insbesondere nicht entschieden, dass der GlüStV 2012 insgesamt nach den Anforderungen des EuGH verhältnismäßig und mit der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV vereinbar ist. Dies zu prüfen ist ausweislich des Leitsatzes Aufgabe des BGH als vorlegendes Gericht im noch anhängigen Verfahren zum Az. I ZR 171/10.

¹²³⁷ Dies auch trotz der seit dem Beitritt Schleswig-Holsteins zum GlüStV Anfang 2013 für eine Übergangszeit von sechs Jahren fortbestehenden Glücksspielgenehmigungen für private Anbieter. Denn der EuGH erwähnt, problematisiert diese aber nicht weiter, so dass davon auszugehen ist, dass er die Ausnahmegenehmigungen wegen ihrer ebenfalls nur regionalen und zeitlich begrenzten Geltung als für die Kohärenzprüfung nicht relevant ansieht, vgl. *Maksmit*, ZfWG 2014, S. 169 (171).

hat sich auf nationaler Ebene auch das BVerwG angeschlossen und bereits in seinem Urteil vom 24.11.2010¹²³⁸ bei der Beurteilung der Monopolregelungen des GlüStV auf ihre Gesamtkohärenz klargestellt, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht sektoral zu beschränken sei, sondern das staatliche Verhalten und die Anwendungspraxis der Glücksspielbereiche insgesamt mit einbeziehen müsse.¹²³⁹ Die verfassungsrechtliche Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen mache die Kohärenzprüfung für Glücksspielbereiche, die der Kompetenz des Bundes unterliegen, unionsrechtlich nicht entbehrlich: „Vielmehr müssen Bund und Länder zusammenwirken, um gemeinsam zu gewährleisten, dass die glücksspielrechtlichen Regelungen das unionsrechtliche Kohärenzkriterium erfüllen“.¹²⁴⁰

Für die hier vorzunehmende Konsistenzprüfung der systematischen mitgliedstaatlichen Regulierung der Glücksspielwerbung ist daher im Sinne einer interföderalen Verantwortlichkeit der Prüfungsbereich auf das gesamte Glücksspielwesen in Deutschland zu erweitern.

(cc) Ermessensspielraum im Rahmen der Gesamtkohärenz

Aus dem Vorgeschilderten folgt aber nicht, dass im Zuge der Gesamtkohärenz zwingend eine gänzlich abweichungsfreie Regulierung des Glücksspielmarktes insgesamt erforderlich ist. In den neuen Vorabentscheidungen hat der EuGH gleichsam hervorgehoben, dass die Mitgliedstaaten im Bereich des Glücksspiels unterschiedliche Schutzkonzepte anlegen können und dass so auch „...der Umstand, dass von verschiedenen Arten von Glücksspielen einige einem staatlichen Monopol und andere einer Regelung unterliegen, nach der private Veranstalter eine Erlaubnis benötigen, im Hinblick darauf, dass mit Maßnahmen, die – wie das staatliche Monopol – auf den ersten Blick als am restriktivsten und wirkungsvollsten erscheinen, legitime Ziele verfolgt werden, für sich genommen nicht dazu führen [kann], dass diese Maßnahmen ihre Rechtfertigung verlieren.“¹²⁴¹ Folglich sei die Wahl der Bedingungen für die Organisation und die Kontrolle der Veranstaltung von Glücksspielen Sache der nationalen Stellen im Rahmen ihres Ermessens und ein komplett identisches Vorgehen auf benachbarten Rechtsgebieten nicht verlangt.¹²⁴² Grundsätzlich ist es demgemäß auch innerhalb eines föderalen Systems wie dem der Bundesre-

¹²³⁸ ZfWG 2011, S. 108 ff.

¹²³⁹ ZfWG 2011, S. 108 (118, Rn. 79 f.).

¹²⁴⁰ ZfWG 2011, S. 108 (119, Rn. 82). Da der Bayerische Verwaltungsgerichtshof als zu überprüfende Vorinstanz jedoch keinerlei vergleichende Feststellung zu den nicht vom GlüStV erfassten Glücksspielbereichen getroffen hatte (s. näher dazu ZfWG 2011, S. 119, Rn. 87), konnte das BVerwG eine abschließende Beurteilung der im GlüStV enthaltenen Regelungen mit Unions- und Verfassungsrecht nicht vornehmen. Siehe auch das gleichlautende Urteil vom selben Tage, Az. 8 C 15/09, NWVBl. 2011, S. 307 ff.

¹²⁴¹ EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07, GewArch 2010, S. 444 (447, Rn. 96); Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (450, Rn. 63); hierauf in diesem Zusammenhang hinweisend *Stein*, ZfWG 2010, S. 353 (354).

¹²⁴² EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (450, Rn. 59).

publik Deutschland dem Gesetzgeber immer noch erlaubt, unterschiedliche sektorale Regelungen zu treffen, auch wenn in der Beurteilung der Vereinbarkeit solcher divergierender nationaler Glücksspielvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht die nationalen Gesetzgebungskompetenzen keine Berücksichtigung finden dürfen.¹²⁴³ Der Begriff der Kohärenz¹²⁴⁴ führt damit lediglich zu dem „Erfordernis einer Abstimmung und widerspruchsfreien Gestaltung“ von Einzelmaßnahmen zu einem stimmigen Gesamtkonzept und erfordert, dass auch verschiedene staatliche Maßnahmen, die allesamt dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wertsucht unterstehen, nicht zueinander gegenläufig sein dürfen und als in sich zusammenpassend ansehbar sein müssen.¹²⁴⁵ Eine Kohärenz im Sinne der EuGH-Rechtsprechung liegt daher vor, „wenn alle glücksspielrechtlichen Regulierungsmaßnahmen systematisch ineinandergreifen und in sich stimmig sind“.¹²⁴⁶

Dabei gilt zu beachten, dass der EuGH in ständiger Rechtsprechung und auch in den aktuellen Urteilen im Rahmen der Kohärenz regelmäßig auf das zu Gunsten der Mitgliedstaaten bestehende weite Gestaltungsermessen in dem gemeinschaftsrechtlich nicht harmonisierten Bereich des Glücksspielrechts hingewiesen hat.¹²⁴⁷ Dieses mitgliedstaatliche Ermessen im Bereich der Glücksspielpolitik, unter Berücksichtigung sittlicher, religiöser und kultureller Unterschiede und der mit Spielen und Wetten einhergehenden schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft im Einklang mit der eigenen Wertordnung zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der betroffenen Interessen ergeben,¹²⁴⁸ muss es nach insofern richtiger Ansicht der Bundesregierung ermöglichen, die einzelnen Sektoren des Glücksspielwesens entsprechend dem nationalstaatlichen Herkommen und den

¹²⁴³ So OLG Celle, Urt. v. 04.05.2009 – 13 U 42/09, OLGR Celle 2009, S. 563 (566). – Ebenso das BVerwG, Urt. v. 01.06.2011, Az. 8 C 5/10, Rn. 35 (juris): „Das Kohärenzgebot ist kein Uniformitätsgebot“, dies gelte insbesondere in Mitgliedstaaten wie Deutschland, zu deren Verfassungsgrundsätzen eine bundesstaatliche Gliederung in Länder mit je eigener Gesetzgebungsautonomie gehört.

¹²⁴⁴ Das Gemeinschaftsrecht verwendet diesen Begriff insbesondere in Art. 3 EUV a.F. (Vertrag von Nizza zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte vom 10.03.2001, ABl. C 80/01). Siehe aber auch Art 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 und 24 EUV (Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 09.05.2008, ABl. C 115/01 („Lissabon-Fassung“)).

¹²⁴⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 08.05.2009 – OVG 1 S 70.08 (Rn. 21, juris); VGH Hessen, Urt. v. 13.08.2008 – 7 B 29/08 (Rn. 11, juris); VG Saarland, Urt. v. 28.04.2010 – 6 L 2142/09 (Rn. 31, juris); OLG Celle, Urt. v. 04.05.2009 – 13 U 42/09, OLGR Celle 2009, S. 563 (566); OVG Niedersachsen, ZfWG 2008, S. 255 (263); OVG Nordrhein-Westfalen, ZfWG 2008, S. 122 (128 f.).

¹²⁴⁶ So Klück/Klein, ZfWG 2010, S. 356 (358).

¹²⁴⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07, GewArch 2010, S. 444 (446, Rn. 76); Urt. v. 06.11.2003, Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13031, Rn. 63; Urt. v. 06.03.2007 – Rs. C-338/04, Slg. 2007, I-01891, Rn. 47; siehe auch Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* vom 14.10.2008, Rs. C-42/07, ZfWG 2008, S. 323 (345).

¹²⁴⁸ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07, GewArch 2010, S. 444 (446, Rn. 76); Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07, GewArch 2009, S. 444 (446, Rn. 57 m.w.N.).

bestehenden Regelungstraditionen auch im Rahmen einer „Gesamtkohärenz“ unterschiedlich zu normieren, solange jede Regelung „für sich betrachtet erforderlich und geeignet ist und die sektorspezifischen Maßnahmen im Sinne des staatlichen Gesamtkonzepts zueinander nicht in einem krassen Missverhältnis stehen.“¹²⁴⁹

Der EuGH hatte diesen Vorgaben entsprechend in seinen Vorabentscheidungen vom 08.09.2010 die damalige durch den GlüStV 2008 reglementierte staatliche Monopolstellung auf Lotterien und Sportwetten nach den Vorgaben der vorliegenden Verwaltungsgerichte, dass die zuständigen Behörden und Gesetzgeber bezüglich der Spielbanken eine „Politik der Angebotsausweitung“ betrieben und die Bedingungen für den Betrieb von Automatenspielen erheblich gelockert hätten,¹²⁵⁰ höchst kritisch beurteilt.¹²⁵¹ So nannte er im Verfahren *Carmen Media*, in welchem er als einziges die staatliche Monopolstellung unter Geltung des GlüStV 2008 zu beurteilen hatte, zwei Kriterien, bei deren gemeinsamen Vorliegen¹²⁵² ein staatliches Glücksspielmonopol ungeeignet zur kohärenten und systematischen Bekämpfung der Glücksspielsucht sein solle: Als erstes wird vorausgesetzt, dass trotz der staatlichen Monopoltätigkeit andere Arten von Glücksspielen von privaten Veranstaltern

¹²⁴⁹ Siehe die Mitteilung der Bundesregierung v. 20.05.2008, ZfWG 2008, S. 173 (184, Rn. 96) mit Verweis auf einen Beschluss des OVG Nordrhein-Westfalen v. 22.02.2008, Az. 13 B 1215/07, ZfWG 2008, S. 122 (128 f.). – Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der EuGH (Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (450, Rn. 62) anerkennt, „dass die verschiedenen Arten von Glücksspielen erhebliche Unterschiede aufweisen können, u. a. hinsichtlich der konkreten Modalitäten ihrer Veranstaltung, des Umfangs der für sie kennzeichnenden Einsätze und Gewinne, der Zahl potenzieller Spieler, ihrer Präsentation, ihrer Häufigkeit, ihrer kurzen Dauer oder ihrem sich wiederholenden Charakter, der bei den Spielern hervorgerufenen Reaktionen oder danach, ob sie, wie es bei den in Spielbanken angebotenen Spielen und den dort oder in anderen Einrichtungen aufgestellten Geldspielautomaten der Fall ist, die körperliche Anwesenheit des Spielers erfordern oder nicht.“ Auch diese vom EuGH explizit hervorgehobenen Unterschiede müssen es ermöglichen, die Glücksspielregulierung sektoral unterschiedlich an den einzelnen Spielcharakteristika auszurichten.

¹²⁵⁰ So wurde im Rahmen der Vorlagefragen vorgetragen, dass zwischen 2000 und 2006 die Zahl der Spielbanken von 66 auf 81 gestiegen und die Bedingungen für den Betrieb von Automatenspielen in Spielhallen, Schank- und Speisewirtschaften sowie Beherbergungsbetrieben erheblich gelockert worden wären, vgl. Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (450, Rn. 67).

¹²⁵¹ Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens die von den vorlegenden Gerichten getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht überprüft, sondern bei der Beantwortung der Vorlagefragen als richtig unterstellt, selbst wenn die der Vorlage zu Grunde liegenden Sachverhalte oder die daraus gezogenen Schlüsse unzutreffend sind. Gerade die von den vorlegenden Gerichten angenommene Lockerung und Angebotsausweitung bei den Automatenspielen und Pferdewetten ist allerdings – insbesondere in Bezug auf die Novellierung der Spielverordnung 2006 höchst umstritten. So sieht das OVG Nordrhein-Westfalen (Urt. v. 27.10.2008 – 4 B 1774/07, Rn. 47 (juris)) in der Neuregelung der SpielVO für Spielautomaten keine Lockerung, sondern eine Maßnahme, die maßgeblich durch das gesetzgeberische Anliegen bestimmt sei, die Gelegenheiten zum Spiel zu begrenzen.

¹²⁵² Dies folgt aus den vom EuGH gewählten Formulierungen „sowohl“ und „als auch“ (s. EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07, GewArch 2010, S. 444 (1. Leitsatz sowie S. 448, Rn. 107); Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (2. Leitsatz sowie S. 451, Rn. 71)). Siehe *Stein*, ZfWG 2010, S. 353 (354).

mit Erlaubnis betrieben werden dürfen.¹²⁵³ Als zweites müssen diese anderen Arten von Glücksspielen ein höheres Suchtpotenzial als die monopolisierten Glücksspiele aufweisen und dennoch von den staatlichen Behörden gefördert oder zumindest geduldet werden, um die staatlichen Einnahmen hieraus zu erhöhen.¹²⁵⁴ Dementsprechend hat der Gerichtshof in diesem Verfahren auf die zweite Vorlagefrage geantwortet, „dass, wenn ein regionales staatliches Monopol auf Sportwetten und Lotterien errichtet wurde, mit dem das Ziel verfolgt wird, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, und ein nationales Gericht sowohl feststellt, dass andere Arten von Glücksspielen von privaten Veranstaltern, die über eine Erlaubnis verfügen, betrieben werden dürfen, als auch, dass [...] in Bezug auf andere Arten von Glücksspielen, die nicht unter das Monopol fallen und zudem ein höheres Suchtpotenzial als die dem Monopol unterliegenden Spiele aufweisen, die zuständigen Behörden eine zur Entwicklung und Stimulation der Spieltätigkeiten geeignete Politik der Angebotsweiterung betreiben, um insbesondere die aus diesen Tätigkeiten fließenden Einnahmen zu maximieren, das nationale Gericht berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben kann, dass ein solches Monopol *nicht geeignet ist*, die Erreichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels dadurch zu gewährleisten, dass es dazu beiträgt, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.“¹²⁵⁵

¹²⁵³ Vgl. EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07, GewArch 2010, S. 444 (1. Leitsatz sowie S. 448, Rn. 107); Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (2. Leitsatz sowie S. 451, Rn. 71).

¹²⁵⁴ Vgl. ebenda. – Im Verfahren *Markus Stoß* (Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07, GewArch 2010, S. 444 ff.) nennt er als weiteres drittes Erfordernis, dass ein nationales Gericht auch feststellen müsse, „dass die Werbemaßnahmen des Inhabers eines solchen Monopols für andere, ebenfalls von ihm angebotene Arten von Glücksspielen nicht auf das begrenzt bleiben, was erforderlich ist, um die Verbraucher zum Angebot des Monopolinhabers hinzulenken und sie damit von anderen, nicht genehmigten Zugangskanälen zu Spielen wegzuführen, sondern darauf abzielen, den Spieltrieb der Verbraucher zu fördern und sie zwecks Maximierung der aus den entsprechenden Tätigkeiten erwarteten Einnahmen zu aktiver Teilnahme am Spiel zu stimulieren“ (1. Leitsatz sowie S. 448, Rn. 107). Hierbei gilt aber zu beachten, dass in diesem Verfahren der EuGH im Rahmen der Vorlagefragen der Verwaltungsgerichte Gießen und Stuttgart das staatliche Werbeverhalten – insbesondere im Internet (S. 449, Rn. 39) – unter Geltung des insofern weit weniger restriktiv gefassten LottStV im Jahr 2007 zu beurteilen hatte, welches aber mit Inkrafttreten der Werbebeschränkungen des GlüStV 2008 von Gesetzes wegen erheblich zurückgefahren und eingeschränkt werden musste. Infolgedessen war das staatliche Werbeverhalten auch im die Rechtslage des GlüStV beurteilenden Verfahren *Carmen Media* gerade nicht mehr Gegenstand der Vorlagefragen und auch kein herangezogenes Kriterium für die Beurteilung des Staatsmonopols als kohärent oder nicht (vgl. gegenüberstehend die ansonst inhaltsgleichen Kriterien des ersten Leitsatzes der Rs. C-316/07 und des zweiten Leitsatzes der Rs. C-46/08).

¹²⁵⁵ EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (zweiter Leitsatz sowie S. 451, Rn. 71). Siehe auch die wortlautgleichen Ausführungen im Urteil vom gleichen Tage in der Rs. C-316/07, GewArch 2010, S. 444 (1. Leitsatz a.E. sowie S. 448, Rn. 107 a.E.). Diese Problematik soll aber – wie bereits dargestellt (s. oben, S. 267) angesichts der Zielsetzung dieser Arbeit nicht weiter vertieft werden.

Für die hier vorzunehmende Prüfung der medienspezifischen Werbeverbote des Glücksspielstaatsvertrages, die zwar von der Rechtmäßigkeit des staatlichen Glücksspielmonopols grundsätzlich unabhängig zu betrachten sind, können vor dem Hintergrund dieser Aussage folgende Überlegungen angestellt werden: Das noch unter § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 *nur* für Lotterien, Sportwetten und Spielbankangebote geltende Verbot der Bewerbung dieser Produkte im Fernsehen und im Internet war in seiner faktischen Konsequenz vergleichbar weitreichend wie das damals ausnahmslos auf die staatlichen Anbieter begrenzte glücksspielstaatsvertragliche Monopol: Mit dem einen wurde die Tätigkeit von gewerblichen Lotterie- und Sportwettenanbietern und -vermittlern strikt und nur unter geringen Ausnahmen untersagt, mit dem anderen wurden bestimmte Werbemedien ebenso strikt verboten, ebenfalls mit vereinzelt Sonderregelungen.¹²⁵⁶ Außerhalb des Anwendungsbereiches des GlüStV 2008 mit seinem landesrechtlichen Staatsmonopol bestand im Bereich der bundesgesetzlich geregelten Automatenspiele und Pferdewetten ein dem Monopol konträres, nicht-restriktives Konzessionssystem für gewerbliche Anbieter. Hinsichtlich der Werbung waren in den nicht von den staatsvertraglichen Medienwerbverboten erfassten Glücksspielbereichen als Gegenpart keinerlei speziellen bundesgesetzlichen Werbebeschränkungen normiert, lediglich der vom UWG vorgegebene allgemeine lauterkeitsrechtliche Rahmen begrenzte die Werbung für Automatenspiele und Pferdewetten.¹²⁵⁷ Somit bestanden hinsichtlich der Bewerbung von Lotterien und Sportwetten auf Länderebene aufgrund des GlüStV Totalwerbverbote in den Medien Fernsehen und Internet, auf Bundesebene existierten dagegen für die Spielautomaten und Pferdewetten keinerlei vergleichbare Verbotsansätze, nicht einmal spezielle glücksspielrechtliche Beschränkungen.

Insofern konnte unter Geltung des GlüStV 2008 im gesamtdeutschen Glücksspielwerberecht ein inkohärentes Regelungssystem gesehen werden, weil jeweils in den anderen Sektoren keine ähnlich weitreichenden und restriktiven, an der den Prüfungsmaßstab der Kohärenz bildenden Vermeidung der Spielsucht der Bevölkerung ausgerichteten Regulierungen bestanden. Dies sprach insoweit gegen ein konsistentes, weil in der Normsetzung widerspruchsfrei ausgestaltetes Glücksspielrecht in Deutschland.¹²⁵⁸ Jedoch existierte bereits unter Geltung des GlüStV 2008 im Bereich der glücksspielrechtlichen Regulierung der Medienwerbung ein ganz entscheidender Unterschied zu der vom EuGH im Rahmen der Vorlageverfahren

¹²⁵⁶ Siehe bzgl. der Fernsehwerbung unten, S. 300 ff.

¹²⁵⁷ Sowohl die GewO und die SpielVO als auch das RennWettLottG enthalten keinerlei spezielle Werbebeschränkungen; § 6 SpielVO normiert lediglich spezielle Hinweispflichten für die Veranstalter sowie Hersteller.

¹²⁵⁸ Dies galt gleichermaßen für den Inhalt von Glücksspielwerbung, welche nach dem GlüStV 2008 in § 5 Abs. 1 und 2 bei Lotterien und Sportwetten zweckgerichtet am Spieler- und Verbraucherschutz ausgerichtet eingeschränkt wurde, nach dem für Automatenspiele und Pferdewetten damals einzig geltenden Maßstab des UWG dagegen lediglich an den allgemeinen werblichen Lauterkeitskriterien.

angenommenen angebotsausweitenden bundesrechtlichen Ausgestaltung des Automatenspiels und der Pferdewetten: Für die im Zuge einer gesamtkohärenten Betrachtungsweise heranzuziehenden Glücksspielsektoren der Automatenspiele, Pferdewetten und Spielbanken waren gezielte Werbemaßnahmen in den Medien nicht festzustellen. Dies lag bezüglich der Spielbanken daran, dass nach dem insofern eindeutigen Wortlaut des § 2 S. 2 GlüStV 2008 Werbung für Spielbankangebote durchaus den Werbeverboten von § 5 Abs. 3 GlüStV unterfiel, was die Kommission in der von ihr geäußerten Kritik nicht zu erkennen schien.¹²⁵⁹ Eine werberechtliche Inkohärenz hinsichtlich der Spielbankenwerbung konnte somit schon aufgrund des einschlägigen Anwendungsbereiches des § 5 GlüStV 2008 bei dieser Glücksspielart nicht gegeben sein. Gleiches galt für Glücksspielautomaten, die in Spielbanken aufgestellt sind; auch für diese war Werbung ebenfalls nur in den Grenzen des § 5 GlüStV 2008 erlaubt, wodurch eine Inkohärenz ausgeschlossen war.¹²⁶⁰ Aber auch für Automatenspiele in Spielhallen, Kneipen, Gaststätten und dergleichen sowie für Pferdewetten war faktisch keine Werbung in den Medien zu finden.¹²⁶¹ Soweit ersichtlich, wurden von den Veranstaltern von Pferdewetten oder den Automatenbetreibern direkt bzw. den Spielhallenbesitzern keine medialen Werbemaßnahmen geschaltet. TV-Spots für Pferderennen oder bestimmte Glücksspielautomaten gab es nicht; auch direkte Internetwerbung für diese Glücksspielarten war nicht zu finden. Gerade für Spielhallen mit Spielautomaten ist auch kein Nutzen in medialer Werbung zu erkennen; hier gilt das gleiche wie bei den Freiberuflern: mit Werbung im Fernsehen und Internet wird regelmäßig ein nicht-regionaler Kreis von Werbeadressaten angesprochen, was zu einem negativen Kosten-Nutzen-Verhältnis für die Betreiber entsprechender Spielstätten führt. Einzig denkbar wären Werbemaßnahmen der Automatenbetreiber selbst gewesen. Aber auch diese nutzten ebenso wie die Pferdewettenveranstalter bisher nicht die Möglichkeit, ihre Produkte in den Massenmedien Fernsehen und Internet werbend herauszustellen.

An diesem Punkt kommen wieder die eingangs angeführten Kohärenzkriterien zur Geltung. Eine Inkohärenz liegt nur vor bei einer widersprüchlichen Gestaltung von Einzelbereichen im Rahmen des Gesamtkonzeptes. Das Konzept des GlüStV 2008 war die Vermeidung von Werbung für Lotterien, Sportwetten und Spielbanken in den besonders massenwirksamen Medien Fernsehen und Internet durch Erlass der glücksspielstaatsvertraglichen Verbote des § 5 Abs. 3. Bei dem bundesrechtlich geregelten Sektor der Automatenspiele und Pferdewetten bestand dagegen keine vergleichbar zwingende Normsetzungserforderlichkeit, da Werbung in diesen Medien nicht existent war. Eine rein rechtlich unterschiedliche Regelungsdichte kann bei fehlender tatsächlicher Gefährdungslage aber nicht von vornherein ungeeignet für eine wirksame Bekämpfung der Spielsucht und Grund für die Annahme

¹²⁵⁹ Hierauf hinweisend *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 230 sowie *Hecker/Ruttig*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5, Rn. 52.

¹²⁶⁰ Siehe *Hecker/Ruttig*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 52.

¹²⁶¹ Dies zumindest bzgl. Werbung für Glücksspielautomaten feststellend *Hecker/Ruttig*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5, Rn. 52.

einer inkohärenten werberechtlichen Regulierung sein. Das Erfordernis der systematischen Beschränkung der Grundfreiheiten bedeutet für die nationalen Gesetzgeber schließlich lediglich, dass sie sich im Rahmen der Rechtfertigung nicht darauf berufen können, eine Tätigkeit in einem Regelungsbereich – wie hier etwa der Werbung – wegen ihrer Gefährlichkeit zu beschränken, wenn sie vergleichbare Tätigkeiten in diesem Regelungsbereich gleichzeitig fördern – eine komplette Gleichschaltung der zu vergleichenden Glücksspielsektoren ist auch bei horizontaler Kohärenz nicht erforderlich.¹²⁶² In keinem Bereich des Glücksspiels wurde insofern die mediale Bewerbung der jeweiligen Angebote in irgendeiner Form gefördert, sondern in den vom GlüStV 2008 erfassten Sektoren aufgrund vorhandener Medienwerbung anlassbezogen entsprechenden zielgerichteten Verbotsbeschränkungen unterworfen. Eine Widersprüchlichkeit in der Ausgestaltung der einzelnen Teilbereiche lag somit – jedenfalls in Bezug auf die hier im Fokus stehende Medienwerbung für öffentliches Glücksspiel – nicht vor.

Im Ergebnis wurde somit schon durch die sektoralen Regulierungen des GlüStV 2008 mit der nur für Lotterien, Sportwetten und Spielbanken geltenden Untersagung der Medienwerbung dem Grunde nach ein kohärenter, das heißt zu den anderen Glücksspielsektoren vergleichbarer Zustand geschaffen, im Zuge dessen im Sinne einer gesamtconsistenten Kohärenz für keine einzige Glücksspielform Werbung in den Medien Fernsehen und Internet mehr zu finden war. Problematisch war dabei aber, dass durch die Verbote des GlüStV 2008 zwar de jure dafür gesorgt wurde, dass keine Fernseh- und Internetwerbung mehr stattfindet, während dies bei der damals bundesgesetzlich nicht vergleichbar regulierten Werbung für Automatenspiele und Pferdewetten aber nur de facto der Fall war. Die Annahme einer sektorübergreifend kohärenten glücksspielrechtlichen medialen Werberegulierung galt also nur unter der Prämisse, dass die Automatenhersteller bzw. die Spielhallenbetreiber sowie Pferdewettenveranstalter nicht begannen, mediales Marketing zu betreiben. Wenn auch für diese Glücksspiele aktiv Werbung im Fernsehen und Internet betrieben worden wäre – was gesetzlich zulässig gewesen wäre –, hätte ein hinsichtlich der tatsächlichen werblichen Nutzung von Werbeträgern inkohärenter Zustand vorgelegen, weil diese Medien seitens des GlüStV 2008 nur für Lotterien, Sportwetten und Spielbanken untersagt waren. Insofern war die Erweiterung des Anwendungsbereiches der Werbeverbote des GlüStV durch den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag¹²⁶³ logische Konsequenz aus den Vorgaben des EuGH

¹²⁶² *Noll-Ehlers*, EuZW 2008, S. 522 (525). – So stellte auch das BVerwG (Urt. v. 01.06.2011, Az. 8 C 5/10, Rn. 43 (juris)) im Zuge seiner Kohärenzprüfung des GlüStV 2008 fest, dass zwar für Pferdewetten im Internet geworben werden dürfe, Anhaltspunkte dafür, dass damit eine allgemeine Spielleidenschaft über den Pferdewettmarkt hinaus entfacht würde, die gleichgültig werden ließe, ob und in welchen Medien für die vom GlüStV 2008 geregelten Glücksspielsektoren noch geworben werde oder nicht, aber nicht ersichtlich seien. „Dass die tatsächliche Erreichbarkeit der mit dem Werbeverbot im Internet verfolgten Ziele durch die Rechtslage oder Praxis in anderen Glücksspielbereichen in Frage gestellt würde, lässt sich nicht erkennen.“

¹²⁶³ Siehe oben, S. 236 f.

in seinen Urteilen vom 8. September 2010 an das deutsche Glücksspielrecht und ein für die erforderliche Rechtssicherheit notwendiger Schritt im Hinblick auf eine kohärente Werberegulierung aller Sektoren des öffentlichen Glücksspiels. Nunmehr wird mit dem § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV 2012 Werbung in den Medien Fernsehen und Internet umfassend, das heißt neben den bisher schon erfassten Lotterien, Sportwetten und Spielbanken auch für Pferdewetten und Automatenspiele mit Gewinnmöglichkeiten mit einem konsistenten und allumfassenden Werbeverbotsystem untersagt.

(dd) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass durch § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 die medialen Werbemöglichkeiten für die Glücksspiele des GlüStV zunächst de jure soweit eingeschränkt wurden, wie dies dem de facto-Zustand der Medienwerbung für Spielautomaten und Pferdewetten entsprach. Dies hätte den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen im Sinne der vom EuGH geforderten Gesamtkohärenz jedoch nur solange entsprochen, bis die Betreiber von Glücksspielautomaten und Inhaber von Pferdewettkonzessionen begonnen hätten, die für sie im Rahmen des allgemeinen Wettbewerbsrechts zulässige Medienwerbung zu betreiben. Spätestens ab diesem Zeitpunkt wäre der GlüStV 2008 hinsichtlich seiner Verbote der Werbemedien Fernsehen und Internet als ein in Bezug auf die anderen Glücksspielsektoren widersprüchliches, nicht-systematisches Regulierungssystem zu qualifizieren gewesen. Deswegen war eine Weiterentwicklung erforderlich, um die bisherige lediglich aus faktischen Gründen bestehende Regulierungskohärenz auf eine glücksspielübergreifende gesetzliche Grundlage zu stellen. Aufgrund dessen haben die Landesgesetzgeber durch den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag den Geltungsbereich des § 5 Abs. 3 GlüStV auf die bis dato nicht erfassten Pferdewetten sowie alle Spielhallen, Gaststätten und Wettannahmestellen erweitert, die Spielautomaten mit Gewinnmöglichkeit bereithalten. Seit der Reformierung des GlüStV 2012 verbietet dieser nunmehr glücksspielsektorübergreifend die Werbung in den Medien Fernsehen und Internet und ist damit als diesbezüglich kohärentes widerspruchsfreies Regelungswerk einzustufen.¹²⁶⁴

(b) Kohärenz trotz weiterhin erlaubter Werbung in anderen Medien

Von der Kommission wurde ferner kritisiert, dass Glücksspielwerbung per Post, in der Presse, im Hörfunk und an öffentlich zugänglichen Orten weiterhin zulässig und lediglich den inhaltlichen Restriktionen des § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV 2008 unterworfen sei. Auch dies führe angesichts des Totalwerbeverbotes für Fernsehen

¹²⁶⁴ Auch hinsichtlich des Inhalts zulässiger Glücksspielwerbung sind mit der Werberichtlinie die diesbezüglichen Vorgaben im Sinne des Kohärenzerfordernisses länderübergreifend vereinheitlicht worden. Ergänzt wird dieser Schritt durch die Einführung des gemeinsamen Glücksspielkollegiums der Länder in § 9a GlüStV, welches ebenfalls eine länderübergreifend einheitliche Beurteilung der Werbemaßnahmen zur Folge hat.

und Internet zu einer Inkohärenz und einer mangelnden systematischen Ausgestaltung der Glücksspielwerbung durch den Staatsvertrag.¹²⁶⁵

Diese Kritik ist von der juristischen Literatur aufgegriffen und vertieft worden.¹²⁶⁶ So wurde der Gesetzeserläuterung zu § 5 Abs. 3 GlüStV 2008 von *Fischer*¹²⁶⁷ und *Hermes*¹²⁶⁸ vorgeworfen, dass diese lediglich einen allgemeinen Hinweis auf die Anreizwirkung von Fernseh- und Internetwerbung enthalte, jedoch nicht substantiiert darlegen oder gar beweisen würde, warum Radiowerbung und unmittelbar an die Kunden gerichtete Postwurfsendungen weniger problematisch und deswegen weiterhin zu erlauben seien. *Ciszewski*¹²⁶⁹ führte an, dass Fernsehen und Internet genauso wie Presse und Radio eine Breitenwirkung hätten und dass fraglich sei, ob lediglich durch Teilverbote eine kohärente Zielverfolgung und -erreichung des § 5 GlüStV 2008 gewährleistet sei.¹²⁷⁰ Auch der Postweg werde nicht nur als bloßer Vertriebsweg, sondern ebenso für Werbung genutzt, wobei dem umworbenen Spielteilnehmer regelmäßig zugleich ein entsprechendes Bestellformular zur Teilnahme am jeweiligen Glücksspiel mit zugesendet werde. Dies setze die Hemmschwelle zur Teilnahme herab, wodurch ebenso wie im Internet eine Anreizwirkung und die Möglichkeit der unmittelbaren Teilnahme am Spiel ohne Aufsuchen einer stationären Vertriebsstelle gegeben sei.¹²⁷¹ *Mabne/Jouran*¹²⁷² argumentierten, dass ein Verbot der Radiowerbung genauso erforderlich sei wie das Fernsehwerbverbot, da Radio zu einem großen Teil von Autofahrern gehört werde, die unterwegs zügiger eine Lottoannahmestelle aufzusuchen könnten als die Fernsehzuschauer, so dass der spontane und impulsive Entschluss zum Glücksspiel hier wahrscheinlicher sei. In der Gesamtschau wurde damit bereits unter dem GlüStV 2008 zur Wahrung der Kohärenz eine Ausweitung der Verbote auf die Werbung im Radio und mittels Postwurfsendungen gefordert. Ob dies rechtlich erforderlich ist, um die Anforderungen an eine kohärente und systematische und damit geeignete Maßnahme zur Regulierung der Glücksspielwerbung zu wahren, ist eine Frage, die sich weiterhin auch unter dem GlüStV 2012 stellt.

(aa) Breitenwirkung und Suggestivkraft der Fernseh- und Internetwerbung

Der dargestellten Kritik ist maßgeblich entgegenzuhalten, dass die Landesgesetzgeber die Medien Fernsehen und Internet nicht grundlos gezielt als Werbeträger aus-

¹²⁶⁵ So Aufforderungsschreiben der EU-Kommission v. 31.01.2008 im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4866, ZfWG 2008, S. 32 (39); in diese Richtung tendierend ebenfalls *Engels*, WRP 2008, S. 470 (472).

¹²⁶⁶ Siehe hierzu auch die bereits oben dargestellte allgemeine Kritik an § 5 Abs. 3 GlüStV, S. 257.

¹²⁶⁷ *Recht der Glücksspiele*, S. 253 f.

¹²⁶⁸ In Pieroth, *Der Glücksspielstaatsvertrag*, S. 88.

¹²⁶⁹ *Glücksspielregulierung*, S. 95 f.

¹²⁷⁰ *Glücksspielregulierung*, S. 96.

¹²⁷¹ *Ebenda*.

¹²⁷² *NvWZ* 2009, S. 1190 (1193).

geschlossen haben. Die erlassenen Verbote folgen vielmehr daraus, dass den einzelnen Werbemedien eine unterschiedlich starke Anreiz- und Einflusswirkung zugesprochen wird.¹²⁷³ Vor allem die Hauptwerbequelle Fernsehen ermöglicht eine bundesweite Zielgruppenadressierung, die aufgrund der optischen und akustischen Ausgestaltung der TV-Spots eine erhebliche Anreizwirkung und Suggestionskraft entfaltet, welche die Werbeadressaten besonders zur Teilnahme am beworbenen Glücksspiel verleite.¹²⁷⁴ Dieses zielgruppenorientierte Bewerben von Spielinteressenten insbesondere auf Sportkanälen zu bestimmten Tageszeiten soll in der Vergangenheit zu einem beträchtlichen Anstieg von Glücksspielen sowie vor allem Sportwetten geführt haben,¹²⁷⁵ was bisher – soweit ersichtlich – von keiner Seite ernsthaft in Frage gestellt wird. Dieser Wirkung wird mit dem bis auf gewisse systematische Ausnahmen¹²⁷⁶ geltenden Kompletterbot von den Landesgesetzgebern wirksam entgegengetreten.¹²⁷⁷

Gleiches ist für das Verbot der Werbung im Medium Internet zu konstatieren, bei dem neben einer vergleichbaren Breitenwirkung und noch stärker realisierbaren Zielgruppenorientierung als zusätzliches Gefahrenelement der sofortige Übergang von Wahrnehmung der Werbebotschaft zur Teilnahme am Spiel tritt, der im Internet von zu Hause aus jederzeit und ohne besonderen Aufwand stets möglich ist.¹²⁷⁸ Diese Tatsache war auch Grund für die Schaffung des grundsätzlichen Onlineglücksspielverbotes in § 4 Abs. 4 GlüStV, welches vom EuGH als europarechtlich zulässig qualifiziert wurde.¹²⁷⁹ Dabei hat er explizit hervorgehoben, dass über das Internet angebotene Glücksspiele wegen des fehlenden unmittelbaren Kontakts zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter anders geartete und größere Gefahren in sich bergen würden.¹²⁸⁰ Auch der dortige besonders leichte und ständige Zugang zu den angebotenen Spielen sowie die Menge und Häufigkeit eines solchen Angebots in einem Umfeld, das überdies durch die Isolation des Spielers, durch Anonymität und durch fehlende soziale Kontrolle gekennzeichnet sei, würden Faktoren darstellen, die die Entwicklung von Spielsucht und übermäßige Ausgaben für das Spielen begünstigen würden.¹²⁸¹ Die glücksspielspezifische Gefährlichkeit des Mediums Internet wird demnach auch vom europäischen Gerichtshof betont.

Im Gegensatz dazu haben die Medien Presse und Hörfunk, der Postweg sowie die Werbung an öffentlichen Plätzen einen vornehmlich regionalen bzw. örtlichen Wirkungskreis und ihre Suggestivkraft ist mangels bewegter und vertonter Bilder

¹²⁷³ Stellungnahme der Bundesregierung im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4866 v. 20.05.2008, ZfWG 2008, S. 173 (188, Rn. 131).

¹²⁷⁴ *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 203; *Schmits*, ZfWG 2007, S. 197 (202).

¹²⁷⁵ So *Schmits*, ZfWG 2007, S. 197 (202). Hierauf auch verweisend *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 203.

¹²⁷⁶ Siehe hierzu noch unten, S. 300 ff.

¹²⁷⁷ So im Ergebnis auch *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 203 f.

¹²⁷⁸ Hierauf abstellend die Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006, S. 6 u. 16.

¹²⁷⁹ Siehe Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (452, Rn. 105).

¹²⁸⁰ EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (452, Rn. 102).

¹²⁸¹ EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08, GewArch 2010, S. 448 (452, Rn. 103).

weit weniger stark ausgeprägt. Außerdem kann sich der Adressat dieser viel leichter entziehen, was bei einem eindringlich gestalteten TV-Werbespot lediglich durch Umschalten oder zumindest Ausschalten des Fernsehens erreicht werden kann.¹²⁸² Gleiches gilt für Internet-Spots oder Banner- bzw. Pop-Up-Werbung, die ebenfalls nur durch aktive Maßnahmen des Nutzers vom Bildschirm beseitigt werden können. Auch die Möglichkeit zum unmittelbaren Spielbeitritt ist in diesen Medien wesentlich geringer. Nach einer TV- und Radiowerbung muss sich der Adressat erst persönlich auf den Weg zu einer Annahmestelle bzw. einem Glücksspielveranstalter machen, ebenso muss für einen aufgrund von Postwurfsendungen erfolgenden schriftlichen Spielbeitritt erst ein Teilnahmechein ausgefüllt und abgeschickt werden.¹²⁸³ Weiterhin bieten weder das Radio noch die Presse und vor allem nicht der Postweg den nach dem Staatsvertrag besonders schützenswerten Jugendlichen die gleiche werbliche Attraktivität wie die durch § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV verbotenen Medien.¹²⁸⁴ Hinzu kommt ferner, dass das Verbot von den zwei wichtigsten Werbewegen zu einer Verminderung der auf den Einzelnen insgesamt einwirkenden Werbung führt, was aufgrund ihrer fehlenden Breitenwirkung nur schwer durch einen stärkeren Einsatz der weiterhin erlaubten Druck-, Hörfunk- und Plakatwerbung ausgeglichen werden kann.

Dies zeigt, dass von den Gesetzgebern gezielt die beiden Medien von der Werbung ausgeschlossen wurden, die den höchsten Verbreitungsgrad sowie die stärkste Anreizwirkung haben und daher das größte Gefahrenpotential mit sich bringen. Vor diesem Hintergrund sind die medienspezifischen Werbeverbote des § 5 Abs. 3 GlüStV geeignete Mittel zur Sicherstellung der staatsvertraglich formulierten Ziele der Suchtbekämpfung und -begrenzung und dem damit einhergehenden Spieler- und Jugendschutz.¹²⁸⁵

¹²⁸² Siehe *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 231 f. – Dies gilt grundsätzlich auch für die Werbung im Kino. Zwar können dort die gleichen Werbespots wie im Fernsehen gezeigt werden, eine vergleichbare Breitenwirkung besteht aber alleine aufgrund des erheblich geringeren Adressatenkreises pro Werbemaßnahme nicht. Wohl auch aus diesem Grund ist weder ein entsprechendes Werbeverbot normiert bzw. wird dessen Fehlen von den eine Gesamtkohärenz fordernden kritischen Stimmen moniert.

¹²⁸³ So spricht richtigerweise auch die Gesetzesbegründung bei genauer Betrachtung des Wortlauts davon, dass es auf dem Postweg nicht zu einem „sofortigen Übergang zur Teilnahme am Spiel“ komme, vgl. Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006, S. 16.

¹²⁸⁴ Diesbezüglich kann vergleichsweise auch der 6. Erwägungsgrund der Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG vom 26.05.2003 (ABl. L 152 v. 20.06.2003, S. 16) herangezogen werden, aus dem ebenfalls hervorgeht, dass das Internet genauso wie der Rundfunk besonders von jungen Verbrauchern gern und häufig genutzt werde. Aus diesem Grund wurde auch die Internetwerbung für Tabak auf Gemeinschaftsebene verboten. Siehe hierzu bereits oben, S. 162 ff.

¹²⁸⁵ So die Gesetzeserläuterungen vom 14.12.2006, S. 16 sowie die Stellungnahme der Bundesregierung im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4866 v. 20.05.2008, ZfWG 2008, S. 173 (188, Rn. 131).

(bb) Ziel der Begrenzung und Kanalisierung der Spielleidenschaft

Ein zweiter entscheidender Aspekt ist, dass die von der Kommission geforderte Erstreckung des Werbeverbotes auf sämtliche Werbeträger schon aus Gründen der Systematik nicht vereinbar wäre mit dem ebenfalls im Staatsvertrag in § 1 Nr. 2 GlüStV normierten Ziel der Begrenzung und Kanalisierung des Glücksspielangebotes. Wie *Hüsken*¹²⁸⁶ vollkommen richtig argumentiert, kann das „Primärziel der Suchtbekämpfung [...] nur durch die Umleitung potentiell spielsuchtgefährdeter Personen auf ein kontrolliertes und dosiertes staatliches Angebot erreicht werden. Ein vollständiges Verbot jeglicher Glücksspielwerbung würde daher in letzter Konsequenz dazu führen, dass das Glücksspielangebot der staatlichen bzw. zugelassenen Anbieter keine hinreichende Bekanntheit erlangen und die Spielsüchtigen damit auf illegale und unkontrollierte Glücksspiele ausweichen würden.“ Der EuGH¹²⁸⁷ hat ebenfalls hervorgehoben, dass es zur Erreichung einer kontrollierten Expansion im legalen Glücksspielsektor unumgänglich sei, dass die zugelassenen Betreiber eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zu den verbotenen Angeboten bereitstellen, was als solches neben dem Angebot einer breiten Palette von Spielen und dem Einsatz neuer Vertriebsstechniken auch einen gewissen Werbeumfang erfordere.¹²⁸⁸ Aus diesen Erwägungen hinaus bedarf es zugelassener Werbemedien, um die aus Gründen des Gesundheitsschutzes bezweckte Kanalisierung der Spielleidenschaft durch Werbung im nötigen Umfang sicherzustellen.¹²⁸⁹ Folglich könnten die staatsvertraglich definierten Ziele durch ein umfassenderes Werbeverbot anstelle nur partieller Werbeverbote nicht gleich wirksam erreicht werden.

(cc) Ermessenspielraum der Mitgliedstaaten

Die Tatsache, dass unter dem GlüStV bestimmte Medien und Werbeträger für die Werbung zulässig und andere hiervon ausgenommen sind, führt auch nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht zur Unverhältnismäßigkeit der normierten Werbeverbote. Wie im zweiten Teil dieser Arbeit erörtert, finden sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Vergleich heranziehbare Beispielsfälle dafür, dass die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Frage, welche Medien sie unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes mit Werbeverboten belegen, über einen weiten Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum verfügen.¹²⁹⁰

So hat der EuGH¹²⁹¹ zu der in Schweden verbotenen Alkoholwerbung in Zeitungen und Rundfunk festgestellt, dass die Gemeinschaftsgrundrechte einem solchen medienspezifischen Verbot nicht entgegenstünden, solange der Schutz der

¹²⁸⁶ Sportwettenwerbung, S. 232 mit weiteren Nachweisen.

¹²⁸⁷ Urt. v. 06.03.2007, Rs. C-338/04, Slg. 2007, I-01891, Rn. 55 – *Placanica*.

¹²⁸⁸ Hierauf bezugnehmend auch die Stellungnahme der EU-Kommission in den verbundenen Vorabentscheidungsverfahren Rs. C-316/07, ZfWG 2008, S. 94 (97 f., Rn. 43).

¹²⁸⁹ So im Ergebnis ebenfalls *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 232.

¹²⁹⁰ Siehe oben, S. 182 ff.

¹²⁹¹ Urt. v. 08.03.2001, Rs. C-405/98, Slg. 2001, I-01795, Rn. 34.

Gesundheit gegen schädliche Auswirkungen des Alkohols nicht durch weniger handelsbeschränkende Maßnahmen gewährleistet werden könne. Diesbezüglich bedürfe es der Untersuchung der rechtlichen und tatsächlichen Umstände in dem betroffenen Mitgliedstaat, wozu die nationalen Gerichte besser in der Lage seien als der EuGH. Eine solche nationale Überprüfung der Unverhältnismäßigkeit der Werbeverbote des § 5 GlüStV und der Frage, ob das angestrebte Ziel der Vermeidung und Verringerung der Glücksspielsucht in Deutschland auch durch weniger eingreifende Werbebeschränkungen hätte erreicht werden können, erfolgte bereits mit negativem Ergebnis im Rahmen des Nichtannahmebeschlusses des BVerfG vom 14. Oktober 2008.¹²⁹²

Ebenso hat der Gerichtshof eine Regelung, die die Werbung nur in einem bestimmten Medium untersagte, in seiner Entscheidung zum französischen Verbot direkter oder indirekter Fernsehwerbung für alkoholische Getränke als mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar anerkannt. Auch hier hatte die Kommission das Verbot als unverhältnismäßig angesehen. Der EuGH führte jedoch ausdrücklich aus: „Zu dem Argument, dass die französische Fernsehwerbungsregelung inkonsequent sei, weil sie [...] nur Fernsehwerbung betreffe [...], genügt der Hinweis darauf, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, zu entscheiden, auf welchem Niveau sie den Gesundheitsschutz sicherstellen wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll.“¹²⁹³

Ferner erachtete der EuGH auch bei den Tabakprodukten die gemeinschaftsweit umzusetzenden Werbeverbote der zweiten Tabakwerberichtlinie als zulässig. Obgleich er insofern keine mitgliedstaatlichen Werbeverbote zu beurteilen hatte, stand für ihn der bezweckte Gesundheitsschutz der Bevölkerung derart im Vordergrund, dass er jedwede Kompetenz- oder Grundrechtsverletzung des Gemeinschaftsgesetzgebers ablehnte und die angezweifelte medienspezifische Maßnahme der Richtlinie billigte.¹²⁹⁴ Dass er also die hier im Bereich des Glücksspielwesens auf nationaler Ebene nach einzelnen Medien differenzierenden Werbeverbote als nicht zulässig ansehen könnte, ist vor diesem Hintergrund dieser Urteile kaum anzunehmen.

Dies zeigt, dass der EuGH nach insofern eindeutiger Rechtsprechung sowohl dem Gemeinschaftsgesetzgeber als auch den nationalen Gesetzgebern regelmäßig ein weites Gestaltungsermessen dahingehend zuspricht, Werbung in bestimmten Medien zu verbieten, in anderen hingegen nicht. Ausreichend ist, wenn die gewählte Regelung den Kontakt zwischen dem Publikum und der Werbebotschaft für das

¹²⁹² Siehe hierzu oben, S. 261 ff.

¹²⁹³ EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-262/02, Slg. 2004, I-6569, Rn. 24 u. 33.

¹²⁹⁴ Zwar waren nach dem ersten Tabakwerbeurteil des EuGH (Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-08419, Rn. 98, 111, 117) die Werbeverbote der Richtlinie 98/43/EG unzulässig, dies lag allerdings an der hierfür fehlenden Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers. Das zweite Tabakwerbeurteil (Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573) des EuGH hat dementsprechend folgerichtig entschieden, dass auf bestimmte Medien spezifizierte Werbeverbote vom Gemeinschaftsgesetzgeber zulässig sind (siehe oben, S. 151).

gesundheitsschädliche Produkt verringert.¹²⁹⁵ Dies wird mit dem GlüStV durch das Verbot der Medien Internet und Fernsehen, also den Werbeträgern mit der größten Verbreitung und den meisten Adressaten, erreicht. Insofern sind auch nach der Rechtsprechung des EuGH die medienspezifischen Verbote des § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV gemeinschaftsrechtskonform.

(dd) Systematische Ausnahmen vom Fernsehwerbeverbot

Dass in der Werberichtlinie in § 8 Abs. 3 S. 2 Ausnahmen vom Verbot der Fernsehwerbung für Lotteriesendungen, die nicht häufiger als zweimal pro Woche veranstaltet werden,¹²⁹⁶ und Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential i.S.d. § 12 ff. GlüStV¹²⁹⁷ gemacht werden, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern.¹²⁹⁸ Dies schon deswegen, weil es sich bei dieser Ausnahmeregelung nicht um eine Befreiung vom Verbot der Werbung handelt, sondern um die Normierung der grundsätzlichen Möglichkeit, bestimmte Lotteriesendungen im Medium Fernsehen darzustellen, da infolge des dem GlüStV zugrundeliegenden weiten Werbebegriffes ansonsten bereits die Ziehung der Lottozahlen oder die Übertragung von zugelassenen bzw. gemeinnützigen Lotterien dem Grunde nach verbotene Glücksspielwerbung wäre.¹²⁹⁹

Der EuGH sieht zudem Ausnahmen von einem nationalen Verbot einer Fernsehwerbung nur dann als unzulässig an, wenn diese nicht gerechtfertigte Widersprüche aufweisen und ihren Zielen nicht in sachgerechter Weise dienen.¹³⁰⁰ Der hier

¹²⁹⁵ EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-262/02, Slg. 2004, I-6569, Rn. 31; EuGH, Urt. v. 13.07.2004, Rs. C-429/02, Slg. 2004, I-06613, Rn. 38.

¹²⁹⁶ Diese Ausnahmeregelung basiert auf den Ausführungen in den Gesetzeserläuterungen v. 14.12.2006 zu § 5 Abs. 3 GlüStV 2008, S. 16: „Vom Verbot nicht erfasst sind andere Programmteile, die von der Werbung gemäß § 7 Abs. 3 S. 2 RStV optisch zu trennen sind, wie die Ziehung der Lottozahlen und Sendungen, die zugelassene Lotterien zum Gegenstand haben.“

¹²⁹⁷ Diese waren bereits nach § 12 Abs. 2 S. 1 GlüStV 2008 vom Verbotstatbestand ausgenommen.

¹²⁹⁸ A.A. *Mabne/Jouran*, NvWZ 2009, S. 1190 (1193); *Heermann*, WRP 2008, S. 479 (490) sowie darauf basierend *Ciszewski*, Glücksspielregulierung, S. 97 ff., die in den ähnlichen Ausnahmeregelungen des GlüStV 2008 (s. Fn. 1296 u. 1297) einen regulatorischen Widerspruch sahen, mit dem die Länder ihre eigenen Werbeverbote rein aus fiskalischen Interessen zu umgehen versuchten. *Ciszewski* (Glücksspielregulierung, S. 97) argumentiert zudem, dass den erlaubten Sendungen nicht nur ein unterhaltender, sondern unter anderem durch ihre Aufmachung und Moderation ein werbender Anreizmoment für die Veranstaltung der betreffenden Lotterien zukomme. Folglich werde mit diesen Ausnahmen die Breitenwirkung des Fernsehens mittelbar für Werbung genutzt, so dass von einem umfassenden Werbeverbot bei § 5 Abs. 3 GlüStV nicht gesprochen werden könne. – Eine solche Argumentation übersieht aber, dass die Landesgesetzgeber die erlaubten Fernsehsendungen nicht von den übrigen Werberestriktionen des § 5 GlüStV und der Werberichtlinie befreit haben, so dass auch diese soweit wie nötig frei von Anreiz- oder Aufforderungsmomenten sein müssen.

¹²⁹⁹ *Ruttig*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 12, Rn. 22.

¹³⁰⁰ EuGH, Urt. v. 17.07.2008, Rs. C-500/06, Slg. 2008, I-05785, Rn. 39. In der Entscheidung ging es um ein spanisches Gesetz, das Fernsehwerbung für medizinisch-chirurgische Behandlungen, die in privaten Gesundheitseinrichtungen vorgenommen werden, unter bestimmten Voraussetzungen über lokale Fernsehsender erlaubte. Die Verbreitung einer solchen Werbung über landesweite

getroffenen Differenzierung der Landesgesetzgeber im Rahmen der Werberichtlinie liegt aber – neben der grundsätzlichen Erforderlichkeit der Übertragung der genannten Ausnahmen an sich – die Erkenntnis zugrunde, dass unterschiedliche Glücksspielformen unterschiedlich hohe Suchtpotentiale haben.¹³⁰¹ Deswegen ist für Sportwetten und Automaten Spiele, denen eine erheblich höhere Suchtgefahr zugesprochen wird, der Ausnahmetatbestand des § 8 Abs. 3 S. 2 GlüStV-WerbeRiLi gerade nicht einschlägig. Zudem sind nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 GlüStV solche Lotterien untersagt und damit von der Übertragung per se ausgenommen, die eine interaktive Teilnahme mit zeitnaher Gewinnmöglichkeit vorsehen, also ähnlich wie bei den ebenfalls verbotenen Internetgewinnspielen eine kurzfristige Spielteilnahme ermöglichen. Da die Länder insofern die geringe Gefährlichkeit und das verminderte Suchtpotential von Lotteriesendungen, die nur in zeitlich großen Abständen übertragen werden bzw. schon von ihrer eigentlichen Ausgestaltung her ein geringeres Gefährdungspotential aufweisen, als differenzierende Kriterien der Ausnahmeregelung zugrunde gelegt haben, bewegen sie sich auch hier innerhalb des vom EuGH zugestandenen Ermessensspielraumes hinsichtlich der Reichweite von Ausnahmen für Fernsehwerbeverbote.¹³⁰²

Folglich handelt es sich bei der in § 8 Abs. 3 S. 2 GlüStV-WerbeRiLi enthaltenen Ausnahme um eine Regelung, die nicht die Eignung des Fernsehwerbeverbots zur Verhinderung und Bekämpfung von Glücksspielsucht an sich schmälert, sondern die nur die zuvor aufgeführten Lotterien mit geringem Suchtpotential in begründeter und systematischer Weise von diesem Verbot befreit, ohne sie im Vergleich zu anderen Glücksspielen grundlos zu bevorzugen.

ccc) Zwischenergebnis

Das in § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV enthaltene Fernseh- und Internetwerbeverbot ist geeignet, die mit ihm verfolgten staatsvertraglichen Ziele der Begrenzung und Kanalisierung der Spielleidenschaft zu erreichen und zur Bekämpfung der Glücksspielsucht beizutragen. Auch wenn im Anwendungsbereich des Glücksspielstaatsvertrages die Werbemedien Presse, Hörfunk und Kino sowie die Werbung an öffentlich zugänglichen Orten und mittels Postwurfsendungen weiterhin unter den inhaltlichen Restriktionen des § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV und der Werberichtlinie erlaubt sind, führt dies aufgrund der herausragenden Breitenwirkung und Suggestivkraft

Fernsehsender war hingegen verboten. Unter Hinweis auf das *Gambelli*-Urteil v. 06.11.2003 (Rs. C- 243/01, Slg. 2003, I- 13031, Rn. 64, 65) hat der EuGH auch hier ausgeführt, dass eine solche Maßnahme zulässig sei, wenn sie in nicht diskriminierender Weise angewendet werde, zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspreche, zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sei und nicht über das hinausgehe, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sei, vgl. Rn. 35 d. Urteils. Dies zeigt, dass der EuGH auch den Ausnahmen von Fernsehwerbeverböten die in ständiger Rechtsprechung ausgesprochenen und deswegen auch hier angelegten Rechtfertigungsmaßstäbe zugrunde legt.

¹³⁰¹ So das BVerfG, NJW 2006, S. 1261 (1263, Rn. 100).

¹³⁰² So im Ergebnis auch *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 204.

der beiden verbotenen Medien und wegen des vom EuGH eingeräumten weiten Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten nicht zu einer mangelnden systematischen oder gar inkohärenten Ausgestaltung des § 5 Abs. 3 GlüStV.¹³⁰³

bb) Erforderlichkeit

Neben der Geeignetheit zur Zweckerreichung dürfen die Werbeverbote als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zudem nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung der mit den Verboten verfolgten Ziele erforderlich ist.¹³⁰⁴ Zu prüfen ist deswegen, ob der angestrebte Zweck der medienspezifischen Verbote des § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV nicht durch weniger belastende Einschränkungen gleich wirksam erreicht werden könnte.¹³⁰⁵

aaa) Fernsehwerbeverbot

Die Landesgesetzgeber haben das grundsätzliche Fernsehwerbeverbot des § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV in der novellierten Fassung des Staatsvertrages bereits so weit wie möglich abgeschwächt.¹³⁰⁶ Neben der generellen Ausnahmeregelung für alle Lotterien mit geringem Gefährdungspotential in § 8 Abs. 3 S. 2 GlüStV-WerbeRiLi besteht seit der novellierten Fassung mit § 5 Abs. 3 S. 2 GlüStV i.V.m. §§ 8 Abs. 1 S. 3, 14 GlüStV-WerbeRiLi die Möglichkeit von Ausnahmeerlaubnissen für die Werbung von Lotterien sowie Sport- und Pferdewetten im Fernsehen. Mit diesen können gezielt Fernsehwerbespots erlaubt werden, wenn die zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde dies für erforderlich hält, um das Interesse der Spieler auf die dahinter stehenden legalen Angebote und zugelassenen Anbieter zu lenken. Diese haben dann nicht nur die allgemeinen Vorgaben der Werberichtlinie zu beachten, sondern dürfen ihre Werbespots gem. § 8 Abs. 6 GlüStV-WerbeRiLi nicht mit prägenden Elementen von Kindersendungen ausgestalten und aufgrund § 5 Abs. 3 S. 3 GlüStV nicht mit Live-Übertragungen von Sportereignissen für Sportwetten verknüpfen. Zudem besteht die Möglichkeit, die Genehmigung mit einer Zeitenbeschränkung in Form der Nebenbestimmung nach § 14 Abs. 4 S. 1 GlüStV-WerbeRiLi zu versehen. Angesichts dieses ausdifferenzierten Regel-Ausnahme-Verhältnisses geht das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt aus § 5 Abs. 3 i.V.m. § 8 GlüStV-WerbeRiLi nicht über das hinaus, was zur Erreichung der mit ihm verfolgten Ziele der Verhinderung der Glücksspielsucht einerseits und kontrollierten Kanalisierung auf die legalen Glücksspielangebote andererseits erforderlich ist.

¹³⁰³ Dies für die Fernsehwerbung auch feststellend *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 231.

¹³⁰⁴ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 06.03.2007, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 u. C-360/04, Slg. 2007, I-01891, Rn. 49.

¹³⁰⁵ Die Kommission stellt diesbezüglich ohne nähere Begründung fest, das Fernseh- und Internetwerbeverbot ginge über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinaus, vgl. Aufforderungsschreiben der EU-Kommission v. 31.01.2008 im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4866, ZfWG 2008, 32 (39). Hierauf hinweisend *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 234.

¹³⁰⁶ Siehe hierzu schon oben, S. 300.

Die einzigen noch milderen Varianten wären gewesen, vom Werbeverbot gänzlich abzusehen oder eine reine Zeitenbeschränkung zu normieren, was aber die Gefahr eines sich unkontrolliert erhöhenden Werbeaufkommens für Glücksspiele im Fernsehen insgesamt bzw. nach Erreichen der entsprechenden Tageszeitgrenze zur Folge hätte und somit die angestrebten Zwecke nicht mit gleicher Wirksamkeit unterstützen würde.¹³⁰⁷ Demnach ist keine weniger belastende Maßnahme zur Zweckerreichung ersichtlich; das für das Fernsehen bestehende Totalwerbeverbot mit strengem Erlaubnisvorbehalt genügt somit den Anforderungen der Erforderlichkeit.¹³⁰⁸

bbb) Internetwerbeverbot

Aus den gleichen Erwägungen heraus sind auch im Hinblick auf das ebenfalls unter einem Erlaubnisvorbehalt stehende Internetwerbeverbot nach § 5 Abs. 3 S. 2 GlüStV i.V.m. §§ 11 Abs. 1, 14 GlüStV-WerbeRiLi weniger einschneidende und gleich wirksame Mittel nicht erkennbar. Wie bereits die Gesetzeserläuterungen ausführen, müssen Glücksspielanbieter, die über eine Ausnahmegenehmigung nach § 4 Abs. 5 GlüStV zur Veranstaltung von Glücksspiel im Internet verfügen, ihre Produkte auch in diesem bewerben können; in diesem Fall kann dem Ziel der Suchtprävention nur durch die allgemeinen inhaltlichen Werberestriktionen genüge getan werden.¹³⁰⁹

Denkbar wäre im Rahmen eines Alternativmodells mit grundsätzlich zulässiger Internetwerbung zwar die Normierung einer Zeitenbeschränkung sowie die Verpflichtung zu Warnhinweisen¹³¹⁰ auf die besonderen Gefahren der Teilnahme an Internetglücksspielen. Im Verhältnis zu dem jetzigen Verbot mit ausnahmsweiser Erlaubniserteilung wären dies zwar mildere, nicht aber gleich effektive Mittel zur Spielsuchtprävention.¹³¹¹ Da die Internetwerbung üblicherweise über Hyperlinks direkt zu dem Onlineangebot führt, wird von Warnhinweisen nur eine geringe Abschreckungswirkung erwartet.¹³¹² Auch bei der Zeitenbeschränkung besteht – ebenso wie bei der Fernsehwerbung – die Gefahr einer unverhältnismäßigen und nicht zu kontrollierenden Häufung in den erlaubten Zeiträumen. Findet Werbung im Internet dagegen erst nach vorheriger Freigabe statt, werden nur geprüfte und kontrollierte Werbegestaltungen zugelassen, was den Erlaubnisvorbehalt für die Glücksspielwerbung im Medium Internet zu einer erforderlichen Einschränkung macht.

¹³⁰⁷ So argumentierend und ablehnend *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 204 f. u. 234 f. Vgl. auch *Hecker/Ruttig*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008, § 5 GlüStV, Rn. 60.

¹³⁰⁸ So im Ergebnis auch *Hüsken*, Sportwettenwerbung, S. 205 sowie S. 235. A.A. aber ohne tiefergehende Begründung *Schmits*, ZfWG 2007, S. 197 (202).

¹³⁰⁹ Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, S. 29.

¹³¹⁰ Eine allgemeine, nicht speziell auf die Gefahren des Internetglücksspiels bezogene Hinweispflicht enthält § 13 GlüStV-WerbeRiLi.

¹³¹¹ VG München, Urt. v. 31.03.2009 – M 16 K 08.3170, Rn. 54 (juris).

¹³¹² VGH Bayern, Entsch. v. 20.11.2008 – 10 CS 08.2399, ZfWG 2008, S. 455 (463, Rn. 57).

ccc) Zwischenergebnis

Die Prüfung hat gezeigt, dass es aufgrund der starken Werbewirkungen des Fernsehens und des Internets nicht möglich ist, weniger beschränkende Reglementierungen zu erlassen, von denen weitergehende Bereiche ausgenommen werden. Mildere Mittel als die grundsätzlichen Verbote der Fernseh- und Internetwerbung des § 5 Abs. 3 GlüStV, die den dahinter stehenden Zielen der Verhinderung der Glücksspielsucht und wirksamen Kanalisierung des Spielinteresses der Bevölkerung auf legale Angebote ähnlich effektiv gerecht würden, sind nicht ersichtlich.¹³¹³ Dies insbesondere deswegen, weil seit dem GlüStV 2012 die Werbung für Lotterien sowie Sport- und Pferdewetten im Fernsehen und Internet nicht mehr gänzlich untersagt, sondern mit einer Vorlage- und Genehmigungspflicht belegt ist. Zudem kann die werbliche Kommunikation in allen übrigen Medien mittels der sonstigen gewerblichen Werbeformen erfolgen, so dass auch insofern die partiellen medienspezifischen Werbeverbote nicht über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinausgehen. Dabei ist unschädlich, dass die Geld- und Warenspielgeräte mit Gewinnmöglichkeiten vom Ausnahmetatbestand des § 5 Abs. 3 S. 2 GlüStV nicht erfasst werden. Diesbezüglich kommt wieder der schon mehrfach angeführte Grundsatz des EuGH zum Tragen, dass es den Mitgliedsstaaten grundsätzlich freisteht, bestimmte Formen der Werbung gänzlich zu verbieten, sofern dies zur Bekämpfung der Glücksspielsucht erforderlich ist und kohärent in einem systematischen Gesamtkonzept erfolgt. Auch wenn die Gesetzeserläuterungen hierzu keine Ausführungen machen, so ist anzunehmen, dass die unbestritten hohe Suchtgefahr der Spielautomaten Anlass für die Gesetzgeber war, diesen Glücksspielsektor von dem Befreiungsvorbehalt des § 5 Abs. 3 S. 2 GlüStV auszunehmen. In diesem Punkt zeigt sich ein durchdachtes Schutzkonzept, dass das jeweilige Gefährdungspotential der einzelnen Glücksspielsektoren aufgreift und im Bereich der Werbung mit entsprechend differenzierten Ausnahmeregelungen würdigt. Die Geltung des Befreiungsvorbehaltes auch für Automaten Spiele wäre insofern im Hinblick auf die bezweckte Spielsuchtverhinderung keine gleich effektive Maßnahme und ist insofern nicht erforderlich.

4. Ergebnis

Durch das Verbot der unkontrollierten werblichen Präsenz von öffentlichem Glücksspiel in den Medien Fernsehen und Internet erfolgte eine kohärente und systematische Umsetzung der mit dem Glücksspielstaatsvertrag verfolgten Ziele. Die staatlichen und privaten Glücksspiel- sowie Sport- und Pferdewettenanbieter sowie die Betreiber vom Spielautomaten können zwar nicht mehr in dem Maß für ihre Dienstleistungen werben, wie es noch nach dem LottStV möglich war, allerdings

¹³¹³ So auch die Stellungnahme der Bundesregierung im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4866 v. 20.05.2008, ZfWG 2008, S. 173 (188 f., Rn. 132).

wird ihnen die Glücksspielwerbung auch nicht vollständig untersagt. Es ist im Rahmen der von § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV sowie der Werberichtlinie vorgegebenen Begrenzungen immer noch möglich, Glücksspielprodukte in den Printmedien, im Hörfunk, im Kino sowie im Wege des postalischen Versandes erlaubnisfrei und in den Medien Fernsehen und Internet nach vorheriger behördlicher Prüfung zu bewerben. Aus diesem Grund genügen die medienspezifischen Werbeverbote des § 5 Abs. 3 GlüStV den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit mitgliedstaatlicher Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und sind mit den Art. 56, 57 AEUV europarechtskonform vereinbar.¹³¹⁴

E. Zusammenfassung und Stellungnahme

Die in der Presse, im Radio und Kino sowie in sonstiger Weise (Postweg, Außen- und Plakatwerbung) erlaubte Glücksspielwerbung wird durch die produktspezifischen Werbebeschränkungen des § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GlüStV – ähnlich wie bei den freiberuflichen Werbebeschränkungen – inhaltlich und formell einem Sachlichkeits- und Richtigkeitsgebot und zusätzlich einer Zielgruppenbeschränkung unterworfen. Insbesondere über die Konkretisierungen der auf § 5 Abs. 4 GlüStV basierenden Glücksspielwerberichtlinie werden irreführende und unzutreffende Aussagen verboten sowie Werbung, die in unangemessener Weise den Nutzen des Glücksspiels betont oder sonstige suggestive Anzeielemente verwendet. Spezielle darüber hinausgehende medienspezifische Einschränkungen finden sich im Regelwerk des Staatsvertrages selbst hingegen nicht, außer im speziellen für Sportwetten geltenden Verknüpfungsverbot des § 5 Abs. 3 S. 3 GlüStV. Vielmehr wird durch § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV ein medienspezifisches Verbot ausgesprochen, mit dem Werbung für öffentliches Glücksspiel im Fernsehen und Internet einzelfallunabhängig grundsätzlich ausgeschlossen wird und das seit der Novellierung durch den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag in § 5 Abs. 3 S. 2 GlüStV mit einer strengen vorlage- und genehmigungspflichtigen Ausnahmemöglichkeit versehen ist.

Die Landesgesetzgeber haben diesen glücksspielstaatsvertraglichen Werberegungen eine Differenzierung hinsichtlich der Anreizwirkung der unterschiedlichen Werbeträger und der Suchtgefahr der jeweiligen Glücksspielarten zugrunde gelegt und damit in zulässiger Weise von ihrem gesetzgeberischen Ermessen Gebrauch gemacht. Nach diesem steht es ihnen frei, bestimmte Werbeträger gänzlich zu verbieten, sofern dies zur Erreichung des angestrebten Zieles der Bekämpfung der Glücksspielsucht geeignet und erforderlich ist, was – wie festgestellt – der Fall ist.

¹³¹⁴ In tatsächlicher Hinsicht eventuell bestehende Möglichkeiten einer Umgehung der Werbebeschränkungen ändern hieran nichts, da diese nicht die Annahme eines gemeinschaftsrechtswidrigen Normdefizites an sich rechtfertigen. Siehe hierzu bereits die Ausführungen des EuGH oben, S. 276 f. zum Vollzugsdefizit sowie VG Saarland, Entsch. v. 16.12.2009 – 6 L 1462/09, Rn. 55 (juris); BayVGH, Beschl. v. 13.10.2008 – 10 CS 08.1869 (juris).

Somit verstoßen die medienspezifischen Verbote nicht – trotz teilweise anderslautender Einschätzungen in der juristischen Literatur und (zumeist erstinstanzlichen) Urteilen – gegen höherrangiges Recht. Demgemäß hat das BVerfG unter Hinweis auf den dem Gesetzgeber zustehenden Beurteilungs- und Prognosespielraum ausdrücklich entschieden, dass Alternativen zu den Werbeverboten nicht ersichtlich seien und mögliche Grundrechtsverletzungen bereits im Kern abgelehnt.¹³¹⁵ Ebenso hat die gemeinschaftsrechtliche Prüfung der Dienstleistungsfreiheit gezeigt, dass mildere, gleich wirksame Werbereglementierungen als die gewählten Verbote mit Erlaubnisvorbehalt nicht ersichtlich sind. Folglich ist zu erwarten, dass im Falle einer entsprechenden Klage auch der EuGH die im GlüStV getroffene Auswahl auf die Medien Fernsehen und Internet, also die Medien mit der größten Anreiz- und Breitenwirkung, aufgrund des den Mitgliedstaaten in Fragen des Gesundheitsschutzes zugesprochenen weiten Ermessensspielraums für zulässig erachten wird.¹³¹⁶

Dennoch ist an dem Regelungswerk des Glücksspielstaatsvertrages 2012 zu kritisieren, dass durch die Begrenzung der medienspezifischen Verbote auf Fernsehen und Internet – ebenso wie bei den produktspezifischen Werbebeschränkungen für Tabakprodukte und alkoholische Getränke – eine überzeugend systematische Werberegulierung in letzter Konsequenz nicht gegeben ist. Zwar wird von den Gesetzgebern die Differenzierung zwischen erlaubten und unter Genehmigungsvorbehalt stehenden Medien mit der Breitenwirkung und besonderen Einflussmöglichkeit des Fernsehens und beim Internet zudem mit der Möglichkeit zum unmittelbaren Spielbeitritt begründet. Um aber – wie schon bei der Werbung für Tabakprodukte hinsichtlich der Kino- und Plakatwerbung gefordert¹³¹⁷ – im Anwendungsbereich des GlüStV in sich eine Kohärenz zwischen den Bild- und Tonmedien herzustellen, wäre es aus Gründen des Gesundheitsschutzes und der Suchtbekämpfung angebracht gewesen, die Radio- und Kinowerbung durch den Glücksspieländerungsvertrag ebenfalls als zulässige Werbeformen auszunehmen. Auch diese Werbeträger haben eine – wenn auch nicht ganz so stark ausgeprägte, weil mehr regionale – Breitenwirkung und eine Zielgruppenorientierung¹³¹⁸, die es erforderlich erscheinen lassen, sie im Rahmen einer medienübergreifenden Bekämpfung der Spielsucht zu

¹³¹⁵ BVerfG v. 16.10.2008 – 1 BvR 928/08, GewArch 2009, S. 26 (29, Rn. 44 m.w.N. u. 47).

¹³¹⁶ Hieran vermag auch die Richtlinie 2005/29/EG nichts zu ändern, da sie ausweislich Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 9 nationale Vorschriften im Bereich Sicherheit und Gesundheitsschutz nicht berührt, die sich im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht auf Glücksspiele beziehen. Hinzu kommt, dass sie bezüglich der angestrebten Vollharmonisierung der mitgliedstaatlichen Vorschriften über unlautere Geschäftspraktiken keine medienspezifischen Vorgaben enthält, vgl. Fn. 414 u. 976.

¹³¹⁷ Siehe oben, S. 172 sowie S. 220.

¹³¹⁸ Dies wird auch dadurch bestätigt, dass die Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG die Werbung im Hörfunk ebenfalls untersagt hat, weil dieser – wie das Internet – „besonders von jungen Verbrauchern gern und häufig genutzt“ werde, vgl. auch Fn. 1284.

verbieten.¹³¹⁹ Die von den Landesgesetzgebern aufrechterhaltene Differenzierung ist zwar aufgrund des sowohl vom BVerfG als in vergleichbaren Fällen auch vom EuGH diesbezüglich zugestandenem weiten Ermessensspielraum rechtmäßig, gesundheitspolitisch aber nicht nachvollziehbar. Da schließlich die vollständige und lückenlose Unterbindung von Werbeaktivitäten in allen Medien mit audiovisueller Breitenwirkung das Ziel einer funktionierenden Glücksspielregulierung sein sollte, ist nicht verständlich, warum nicht ebenso die Radio- und Kinowerbung von den Landesgesetzgebern untersagt wird. Die Kinowerbung wird durch die Werberichtlinie lediglich einer allgemeinen Zeitenbeschränkung unterworfen, die Hörfunkwerbung dagegen nur mit den gleichen ergänzenden Vorgaben wie die erlaubte Fernsehwerbung belegt. Im Umkehrschluss heißt dies, dass Glücksspielwerbung im Kino nach 18.00 Uhr prägende Elemente von Kindersendungen enthalten darf, obwohl Kinder- und Jugendliche durchaus nach diesem Zeitpunkt noch an Filmveranstaltungen teilnehmen.¹³²⁰ Gleichfalls ist Radiowerbung von Gesetzes wegen zeitlich vollkommen unbeschränkt, während Werbung im Fernsehen und Internet zumindest im Zuge der erforderlichen Ausnahmegenehmigungen unter zeitliche Auflagen gestellt werden kann. Insofern hätten – um bei möglichst wenigen Totalverboten das Gefährdungspotential von Glücksspielwerbung am effektivsten zu verringern – die Medien Kino und Hörfunk zumindest mit gleichlautenden gesetzlichen Werbebeschränkungen versehen werden müssen. Mit den Printmedien, dem Postweg sowie der Außen- und Plakatwerbung an öffentlichen Orten hätten dann den Anbietern und Vermittlern immer noch genügend andere, nicht beschränkte Werbeträger zur Verfügung gestanden, um die bezweckte Kanalisierung der Verbraucher auf die legalen Angebote im nötigen Umfang sicherzustellen. Zwar ist die vorgenommene regulatorische Konzentration auf die Medien Fernsehen und Internet vom Ermessensspielraum der Gesetzgeber gedeckt und deswegen rechtlich nicht angreifbar, eine nachvollziehbar differenzierte Normgestaltung stellt sie im Ergebnis aber nicht dar.

Da die Länder die Möglichkeit nicht genutzt haben, mit der Reformierung durch den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag die Werbeverbote des § 5 GlüStV 2008 weiterzuentwickeln und die notwendigen Veränderungen für ein ergänzendes Verbot der Radio- und Kinowerbung vorzunehmen oder zumindest mit der normkonkretisierenden Werberichtlinie alle in den Bild- und Tonmedien erlaubten Werbemaßnahmen mit gleichlautenden Vorgaben zu regulieren, ist somit auch im Glücksspielwerberecht die bereits bei der Tabak- und Alkoholreglementierung festgestellte Tendenz der Gesetzgeber zu erkennen, nicht alle hinsichtlich ihrer Gefährlichkeit für das jeweils suchtfördernde Produkt relevanten Werbemedien kohärent zu beschneiden.

¹³¹⁹ Hinsichtlich der Kinowerbung kommt ergänzend zum Tragen, dass ein Umschalten oder Tonausschalten im Kino gerade nicht möglich ist, sondern der Adressat einer Werbemaßnahme unausweichlich ausgesetzt ist.

¹³²⁰ Hierzu siehe bereits oben, S. 168.

Endergebnis

Ziel dieser Arbeit war die vergleichende Gegenüberstellung der freiberuflichen Werbebeschränkungen für die werberelevanten Medien mit den medienspezifischen Werbeverboten für Tabakprodukte, alkoholische Getränke, Arzneimittel und Glücksspiele. Ein besonderes Augenmerk lag dabei auf der Kohärenz der Werbe-regulierungen und damit auf der Frage, ob bei den berufs- und produktspezifischen Werbeverboten bestimmte mediale Werbeträger wiederkehrend aus den gleichen Gründen verboten werden, so dass eine systematische Regulierung erkennbar ist.

1. Die Untersuchung der freiberuflichen Werbebeschränkungen hat gezeigt, dass heute für die freien Berufe in den jeweiligen Berufsordnungen nur noch höchst vereinzelt medienspezifische Werbebeschränkungen vorliegen, welche zudem weder erforderlich noch verfassungsrechtlich zulässig sind. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich entschieden, dass die medienbedingte Form der freiberuflichen Werbung gerade nicht vorentscheidend für die Zulässigkeit einer Werbemaßnahme sein darf und auch die EG gibt in der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG vor, dass die Mitgliedstaaten sämtliche Verbote der kommerziellen Kommunikation für reglementierte Berufe aufzuheben haben. Da aufgrund dessen sämtliche Medien übereinstimmend von formalen Reglementierungen befreit wurden, ist hierin eine durch die Rechtsprechung des BVerfG bedingte Kohärenz in der medienspezifischen Regulierung freiberuflicher Werbung zu sehen, im Rahmen derer sich die Freiberufler berufsübergreifend bei der Gestaltung ihrer Werbung

aller Werbeträger bedienen und die Werbemaßnahme mit Hilfe der jeweiligen Stilmittel auch entsprechend medienspezifisch aufbereiten dürfen. Zu der weitgehenden Aufhebung der medienspezifischen Regulierungen kommt hinzu, dass alle Berufsangehörigen auch in inhaltlicher Hinsicht Angaben jeglicher Art machen dürfen und lediglich beachten müssen, dass es sich dabei um berufsbezogene Informationen handelt, die nach Form und Inhalt sachlich, nicht irreführend oder unwahr und bei den rechts- und steuerberatenden Berufen nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet sind.

2. Der Mangel an direkten Normierungen in den Berufsordnungen hat dabei zur Konsequenz, dass teilweise bestimmte medienspezifische Details strittig sind. Da aber eine dem jeweiligen Medium entsprechende Ausgestaltung grundsätzlich zulässig ist und die dafür typischen Mittel der Aufmerksamkeitswerbung nicht unterbunden werden dürfen, gilt diesbezüglich der Grundsatz, dass eine aufgrund ihrer werblichen Ausgestaltung unzulässige Werbung erst dann anzunehmen ist, wenn die äußere Form oder zeitliche Häufigkeit derart stark im Vordergrund steht, dass ihr Inhalt dahinter zurückbleibt. Dies ist regelmäßig erst der Fall bei einer suggestiven, belästigenden oder plump aufdringlich gestalteten Werbemaßnahme. Die Bewertung dessen unterliegt anerkanntermaßen zeitbedingten Veränderungen. Allein aus der Tatsache, dass eine Berufsgruppe ihre Werbung anders als bisher üblich gestaltet, kann insofern nicht schon gefolgert werden, dass dies berufswidrig ist. Diesbezüglich wäre es jedoch hilfreich gewesen, wenn es Rechtsprechung und Literatur gelungen wäre, die von den freiberuflichen Werbenormen geforderte „Sachlichkeit“ für die Medienwerbung zu konkretisieren oder im Rahmen einer gefestigten Spruchpraxis bzw. in der Kommentarliteratur positiv zu umschreiben, was so aber bisher nicht zufriedenstellend gelungen ist.

3. Aufgrund der uneingeschränkt auch für die freiberufliche Werbung geltenden grundgesetzlichen Berufsfreiheit hat eine Werbeliberalisierung stattgefunden, die den einzelnen Werbemaßnahmen in den Medien nur noch die dargestellten inhaltlichen Grenzen setzt und die gerade im Medium Internet zu einer Vielzahl neuer zulässiger Werbeformen geführt hat und auch weiterhin werbliche Innovationen hervorrufen wird. Den Berufsangehörigen stehen in der Zusammenschau alle Methoden der modernen und auch in der gewerblichen Wirtschaft üblichen Werbung offen, selbst wenn sie neuartig sein mögen. Die berufsständische Liberalisierung ist damit mittlerweile so weit fortgeschritten, dass es angebracht erscheint, die freiberufliche Werbung nicht mehr ergänzend durch spezielle Normen in den Berufsordnungen zu regeln, sondern sämtlich einzig dem allgemeinen Wettbewerbsrecht des UWG unterfallen zu lassen. Dieses bietet in Kombination mit der umfassenden Rechtsprechung zur freiberuflichen Werbung ein systematisches Regelwerk, welches vollkommen ausreichend ist, um die freiberuflich Tätigen diesbezüglich angemessen zu reglementieren. Ein solcher Schritt ist bereits in den Berufsordnungen der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie in einzelnen Apothekerberufsordnungen vollzogen worden. Bis sich die zuständigen Gremien und Satzungsgeber

aller Freiberufler dieser Erkenntnis anschließen und die entsprechenden Änderungen durch Streichung der Werbenormen in den sonstigen Berufsordnungen vornehmen werden, wird allerdings angesichts des noch immer vorherrschenden Standesdenkens und tradierter Vorstellungen über entsprechendes freiberufliches Werbeverhalten sowie aufgrund der Tatsache, dass die zwingenden Vorgaben der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in den Berufsgesetzen und -sätzen bereits weitestgehend umgesetzt wurden, noch einige Zeit vergehen. Eher wird sich in der Rechtsprechung zunehmend eine Kasuistik bilden, welche auch unter Geltung der berufsspezifischen Werbenormen die Zulässigkeit medienspezifischer Werbung und vor allem die Möglichkeit der werbenden Darstellung im Internet unter zunehmender Beachtung der Informationsinteresses der Klienten, Patienten und Kunden einzig nach den Kriterien des allgemeinen Wettbewerbsrechts beurteilen und entsprechend fortentwickeln wird.

4. Hinsichtlich der sucht- und gesundheitsgefährlichen Produkte musste dagegen festgestellt werden, dass eine kohärente und systematische Werberegulierung der untersuchten Medien nicht gegeben ist. So ist bei den Tabakprodukten die Werbung im Fernsehen, Radio, Internet und in der Presse grundsätzlich untersagt, im Kino und auf Plakaten dagegen nicht. Diese Verbote wurden auf nationaler Ebene nach den Vorgaben des Gemeinschaftsgesetzgebers in der zweiten Tabakwerberichtlinie umgesetzt. Für die vom europäischen Kompetenzbereich nicht erfassten und deswegen aufgrund der Rechtsprechung des EuGH verworfenen weiteren Verbote der ersten Richtlinie gibt es aber – vielleicht durch erfolgreichen Einfluss der Lobby der tabakproduzierenden Unternehmen – in Deutschland bisher keine nationalen Entsprechungen. In der Folge, dass deswegen Kinowerbung lediglich einer Kombination aus Zeitenbeschränkung sowie den allgemeinen Werbebeschränkungen des VTabakG unterfällt und Plakatwerbung überall möglich ist, ist im Hinblick auf den ausnahmslosen Ausschluss der anderen Werbeträger ein Regulierungswiderspruch zu sehen, der keiner erkennbaren Begründung unterliegt.

5. Die Bewerbung der ebenso für die Gesundheit gefährlichen Produktgruppen der alkoholischen Getränke und der Arzneimittel unterliegt im Gegensatz dazu keinen medienspezifischen Verboten, sondern lediglich zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen. So darf die Werbung für Alkohol im Grundsatz überall stattfinden und wird nur im Rundfunk – dort besteht immerhin eine ergänzende Vorgabe im RfStV – und Internet auf nicht-jugendbezogene Inhalte beschränkt sowie zusätzlich im Kino einer Zeitenbeschränkung unterworfen. Warum hier aber angesichts der vergleichbaren gesundheitsgefährdenden Wirkung des Alkoholkonsums nicht auch ähnliche medienspezifische Verbote wie bei den Tabakprodukten erlassen wurden, ist nicht verständlich. Schließlich ist der Gesetzgeber auch bei den zum Teil ebenso suchtgefährlichen Heilmitteln einen solchen Schritt gegangen und hat die Bewerbung verschreibungspflichtiger Arzneimittel aus Gesundheitsschutzgründen vollkommen untersagt, obwohl diese ohne Rezept gar nicht zu erwerben sind. Diesbezüglich bestehen allerdings zunehmend Tendenzen seitens des Gesetzgebers und der Rechtsprechung, bei der Bereitstellung von sachlichen Informationen über

Arzneimitteldatenbanken, Packungsbeilagen und Gebrauchsinformationen sowie bei ärztlichen Homepages wegen des steigenden Informationsbedürfnisses der Verbraucher internetspezifische Ausnahmen zuzulassen. Insofern sind auch bei den alkoholischen Getränken und Arzneimitteln bisher keine kohärenten und dauerhaften Regelungskonzepte gefunden worden.

6. Im Unterschied dazu ist der Glücksspielstaatsvertrag das einzige nationale Regelungswerk, das Medien anlässlich der Suchtgefahr des beworbenen Produktes gezielt nach werblicher Massenwirksamkeit und Suggestivkraft trennt und deswegen neben der Werbung über Telekommunikationsanlagen speziell die Bewerbung des erheblich gefährlicheren Automatenspiels im Fernsehen und Internet komplett untersagt und die Lotterie- sowie Sport- und Pferdewettenwerbung mit einem strengen Erlaubnisvorbehalt belegt. Eine solche Differenzierung wird weder im Rahmen der Tabakwerbverbote noch im Bereich der Alkoholwerbbeschränkungen vorgenommen. Das Bundesverfassungsgericht sieht in der dahinter stehenden medialen Trennung jedoch keinen Verstoß gegen Verfassungsrecht und auch der Europäische Gerichtshof hat, wie ein Vergleich mit ähnlichen Maßnahmen in anderen Mitgliedstaaten zeigt, keine gemeinschaftsrechtlichen Einwände gegen derartige nationale Verbote. Auch wenn insofern die gezielten Werbeverbote des GlüStV vom weiten Ermessensspielraum der Landesgesetzgeber gedeckt sowie bezüglich des gesamtdeutschen Glücksspielrechts zu einem sektoral übergreifenden grundsätzlichen Werbeausschluss in den Medien Fernsehen und Internet führen und deswegen nicht als rechtswidrig zu qualifizieren sind, so ist die getroffene Auswahl dennoch nicht vollkommen stringent, da sie sich zur konsequenten Spielsuchtbekämpfung auch auf die Kinowerbung, insbesondere aber auch auf die nicht erheblich weniger breitenwirksame und zielgruppenorientierte Radiowerbung erstrecken müsste, welche regelmäßig gemeinsam mit dem Fernsehen unter dem Begriff „Rundfunk“ geregelt wird, wie sich gemeinschaftsweit bei der Tabakwerberegulierung oder national im Rundfunkstaatsvertrag oder in den Landesmediengesetzen zeigt.

7. Insgesamt ergibt sich damit, dass bei den in dieser Arbeit behandelten produktbezogenen Werbeverboten eine Kohärenz im Sinne einer systematischen und damit nachvollziehbaren Übereinstimmung in den Beschränkungen möglicher Werbemedien nicht vorliegt. Aufgrund der unterschiedlichen Entstehungshintergründe der Regelungen für die Tabak-, Alkohol-, Arzneimittel- und Glücksspielwerbung und der Einflussnahme des europäischen Gesetzgebers haben die nationalen Gesetzgeber keine strikte Linie bei den medienspezifischen Einschränkungen der Werbung für Produkte mit Gesundheitsbezug entwickelt. So ist in der Gesamtschau Werbung für Tabak dem Grundsatz nach verboten, nur nicht im Kino und auf Plakaten, Werbung für Alkohol ist dagegen in allen Medien erlaubt und nur teilweise inhaltlich und zeitlich beschränkt, die grundsätzliche verbotene Bewerbung verschreibungspflichtiger Arzneimittel erfasst dagegen seit kurzem nicht mehr die vom Verbraucher benötigten sachlichen Informationen und Gebrauchshinweise. Glücksspielwerbung ist über Telekommunikationsanlagen komplett verboten, im Fernsehen und Internet über Ausnahmegenehmigungen möglich und in der Presse,

im Radio und im Kino dagegen gänzlich zulässig, aber mit divergierenden inhaltlichen Restriktionen und zeitlichen Auflagen versehen. Ein medienübergreifend kohärentes Regelungssystem ist bei der Werberegulierung der gesundheits- und suchtfährdenden Produkte daher nicht erkennbar.

8. Auch wenn diese divergierende Regelungslage mangels entsprechender Anforderungen des nationalen Rechts sowie des Gemeinschaftsrechts an eine medien- oder produktübergreifende Kohärenz nicht gegen höherrangiges Recht verstößt, so ist es rechtspolitisch trotzdem erforderlich, die vorhandenen Widersprüche zu beseitigen und die hier behandelten Produkte zum Zwecke des generellen Gesundheitsschutzes der Bevölkerung und zur Sicherung einer produktübergreifenden Suchtbekämpfung und -vorbeugung in den Medien in vergleichbarer und systematischer Weise stringent zu regulieren. Um zumindest eine Übereinstimmung zwischen den besonders werberelevanten Bild- und Tonmedien zu erhalten, ist bei der Tabakwerbung neben der Plakat- auch die Kinowerbung zu untersagen. Bei der Alkoholwerbung sollten die Massenmedien Internet, Fernsehen und Radio verboten, zumindest aber einer medienübergreifend geltenden jugendschützenden Zielgruppen- und Zeitenbeschränkung unterworfen werden. Auch im GlüStV ist zur Vereinheitlichung gerade vor dem Hintergrund der in § 1 GlüStV verankerten Ziele ein ergänzendes Verbot der Radio- und Kinowerbung notwendig.

9. Einer solchen einheitlichen Ausgestaltung steht auch nicht die vom Bundesverfassungsgericht zu der medialen Werbefreiheit der freien Berufen entwickelte Aussage entgegen, dass die medienbedingte Form gerade nicht von vornherein zur Unzulässigkeit der Werbemaßnahme unabhängig von ihrem Inhalt führen darf. Eine entsprechende Gegenüberstellung dieses Grundsatzes aus dem Werberecht der freien Berufe mit der Regulierung der Produktwerbung konnte bereits mangels nationaler medienspezifischer Produktwerbverbote, welche verfassungsgerichtlich hätten überprüft werden können, bis zum Erlass des Glücksspielstaatsvertrages nicht erfolgen. Zudem war Grund des Verbotes der gezielten Untersagung bestimmter Werbemedien bei den Freiberuflern, dass die für die freiberufliche Werbung interessanten Werbeträger keine Gefahren beinhalten, die nach dem Schutzzweck der berufsrechtlichen Regelungen, nämlich der Wahrung des Vertrauens der Bevölkerung in die freiberufliche Tätigkeit, umfassende medienspezifische Werbeverbote begründen konnten. Bei produktbezogenen Regelungen ist dies anders, da hier mit der Gesundheit der Bevölkerung ein der Berufsfreiheit der werbenden Unternehmen vorrangiger Gemeinwohlbelang besteht, der medienspezifische Verbote durchaus zu rechtfertigen vermag. So hat dementsprechend auch die im Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vorgenommene Überprüfung der Werberestriktionen des Glücksspielstaatsvertrages erstmalig gezeigt, dass bei suchtfährlichen Produkten der ausnahmslose und zielgerichtete Ausschluss bestimmter Werbemedien aus Gesundheitsschutzgründen nicht zu beanstanden ist. Auch hier übernimmt das Verfassungsgericht bei der Prüfung der Zulässigkeit des Internetwerbverbots nicht seine bei der freiberuflichen Werbung getätigte Aussage, Internetwerbung dränge sich als passive Darstellungsform nicht unaufgefordert auf,

sondern stellt richtigerweise darauf ab, dass gerade im Internet werbliche Glücksspielmaßnahmen besonders gefährlich sind, weil dort die sofortige Möglichkeit zur aktiven Spielteilnahme besteht. Da aber ebenso die Werbung für Arzneimittel sowie für Tabak- und Alkoholprodukte in ihrer unmittelbaren Folge zu einer Gesundheitsgefährdung des Adressaten führen kann (auch hier ist der Griff zur Tablette oder Zigarette bzw. zur Flasche direkt im Anschluss an die Werbebeeinflussung unproblematisch möglich), muss es auch bei diesen Produkten entsprechend der verfassungsgerichtlichen Überlegungen zulässig sein, das Medium Internet als tauglichen Werbeträger genauso wie andere in ihrer Werbewirksamkeit als gefährlich einzustufende Medien auszuschließen. Somit könnte die Werbung auch aus verfassungsrechtlicher Sicht für alle im Rahmen dieser Arbeit behandelten Produkte nicht nur dem Inhalt nach, sondern auch formal durch den gezielten Ausschluss bestimmter Werbeträger begrenzt werden.

10. Im Ergebnis ist festzustellen, dass nur bei den freiberuflichen Werbebeschränkungen mangels medienpezifischer Verbote und der berufsübergreifenden Beschränkungen auf sachliche und nicht irreführende Werbung eine Kohärenz zwischen den jeweiligen Werbevorschriften gegeben ist. Diese geht sogar soweit, dass mittlerweile eine Deregulierung der Bewerbung der freiberuflichen Tätigkeit, die der Allgemeinbevölkerung ohne Gefahr für die Gesundheit auch mit intensivem medialen Marketing vorgestellt werden kann, dahingehend stattgefunden hat, dass die Werbung dem allgemeinen Wettbewerbsrecht des UWG unterstellt werden könnte. Im Gegensatz hierzu ist die von den Tabak- und Alkoholprodukten ebenso wie von den Glücksspielen ausgehende Gesundheitsgefahr der entscheidende Grund dafür, dass bei diesen Produkten eine Angleichung und Ausweitung der medienpezifischen Einschränkungen und Verbote zu fordern ist. Die Gesetzgeber sind hier dringend gefordert, dem vorhandenen Nachbesserungsbedarf hinsichtlich der Medien, die den höchsten Verbreitungsgrad und daher das größte Gefahrenpotential mit sich bringen, nachzukommen und zur Schaffung eines effektiven, kohärenten und der Breitenwirkung der Medien insgesamt entsprechenden gesetzlichen Regulationssystems die Werbung im Fernsehen, Radio, Internet und Kino für alle suchtgefährlichen Produkte übereinstimmend zu reglementieren.

Literaturverzeichnis

- Arndt, Herbert/Lerch, Klaus/Sandkühler, Gerd*; Bundesnotarordnung – Kommentar, 7. Auflage, Köln 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in Arndt/Lerch/Sandkühler).
- Babner, Beate*; Das neue Werberecht für Ärzte – auch Ärzte dürfen werben, 2. Auflage, Berlin 2004 (zit.: *Babner*, Werberecht für Ärzte).
- Balzer, Miriam*; Arzt- und Klinikwerberecht – Aktuelle Werbechancen für Arzt und Klinik, Berlin 2004 (zit.: *Balzer*, Arzt- und Klinikwerberecht).
- Bardenz, Alexander*; Anwaltliches Werberecht – Aktuelles zu den berufs- und wettbewerbsrechtlichen Grenzen, in: MDR 2000, S. 1409-1418.
- Anwaltliches Werberecht – Eine Übersicht möglicher Werbemittel, in: MDR 2001, S. 247-253.
- Becker, Tilman*; Der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen und dessen Umsetzung – Beiträge zum Symposium 2007 und 2008 der Forschungsstelle Glücksspiel, Frankfurt am Main 2009 (zit.: *Autor*, in Becker, Staatsvertrag zum Glücksspielwesen).
- Wie weit geht der Ermessensspielraum des Gesetzgebers bei der Regulierung des Glücksspielmarktes?, in: ZfWG 2009, S. 1-9.
- Berger, Kathrin*; Wettbewerbswidrige Internetplattform für zahnärztliche Leistungen – Anmerkung zu OLG München 6. Zivilsenat, Urteil vom 13.03.2008 - 6 U 1623/07, in: jurisPR-ITR 23/2008, Anm. 5.

- Preisvergleichsportal im Internet nicht berufsrechtswidrig – Anmerkung zu BVerfG 1. Senat 2. Kammer, stattgebender Kammerbeschluss vom 08.12.2010 – 1 BvR 1287/08, in: *jurisPR-ITR* 1/2011, Anm. 5.
- Bomba, Wolfgang*; Verfassungsmäßigkeit berufs- und standesrechtlicher Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe – Dargestellt am Beispiel der Regelungen für Rechtsanwälte, Ärzte und Apotheker, Berlin 2003 (zit.: *Bomba*, Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe).
- Bornemann, Roland*; Werbung für Glücksspiel im Fernsehen nach dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, in: *K&R* 2012, S. 653-658.
- Boronski, Jan*; Gestalterische und rechtliche Anforderungen an die Erstellung von Anwalts-Homepages, in: *ZAP* Fach 23 (2009), S. 819-836.
- Brambring, Günter/Jerschke, Hans-Ulrich/Waldner, Wolfram*; Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Auflage, München 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in Beck'sches Notarhandbuch).
- Brugger, Christina*; Werbeverbote und -beschränkungen des GlüStV für staatliches Glücksspiel im Fokus der Rechtsprechung, in: *ZfWG* 2009, S. 256-262.
- Buchner, Benedikt*; Der mündige Patient im Heilmittelwerberecht, in: *MedR* 2010, S. 1-6.
- Bülow, Peter*; Das Tatbestandsmerkmal der zumindest mittelbaren Gesundheitsgefährdung im Heilmittelwerberecht – Verfassungskonforme und richtlinienkonforme Auslegung, in: *GRUR* 2005, S. 482-487.
- Europäische Harmonisierung des Heilmittelwerberechts, in: *Pharma Recht* 1994, S. 299-303.
- Bülow, Peter/Ring, Gerhard*; Heilmittelwerbe-gesetz – Kommentar, 4. Auflage, Köln 2012 (zit.: *Bülow/Ring*, HWG).
- Burkart, Roland*; Kommunikationswissenschaft – Grundlagen und Problemfelder, 4. Auflage, Wien/Köln/Weimar 2002 (zit.: *Burkart*, Kommunikationswissenschaft).
- Calliess, Christian*; Nach dem „Tabakwerbung-Urteil“ des EuGH – Binnenmarkt und gemeinschaftsrechtliche Kompetenzverfassung im neuen Licht, in: *Jura* 2001, S. 311-318.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias*; EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Auflage, München 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in Calliess/Ruffert).
- Ciszewski, Simon*; Glücksspielregulierung aus nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Sicht – Am Beispiel des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (GlüStV), Bonn 2009 (zit.: *Ciszewski*, Glücksspielregulierung).
- Dabns, Christian/Krauter, Ulrich*; Anwaltliche Werbung im Internet, in: *BRAK-Mitt* 2004, S. 2-5.

- Damwitz, Thomas*; Produktwerbung in der Europäischen Union zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschränken und europäischem Grundrechtsschutz, Berlin 1998 (zit.: *Damwitz*, Produktwerbung in der Europäischen Union).
- Deiseroth, Dieter*; Internet-Vertriebs- und Internet-Werbeverbote für öffentliche Glücksspiele bei Inhabern von DDR-Wettbüro-Erlaubnissen, in: jurisPR-BVerwG 17/2011, Anm. 6.
- Diefenbach, Wilhelm*; Einwirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Kammerrecht, in: GewArch 2006, S. 217-227.
- Diegmann, Heinz/Hoffmann, Christof/Ohlmann, Wolfgang*; Praxishandbuch für das gesamte Spielrecht, Stuttgart 2008 (zit.: *Diegmann/Hoffmann/Ohlmann*, Praxishandbuch Spielrecht).
- Dierkes, Christian/Backmann, Ben*; Pflichtangaben in der Internetwerbung für Arzneimittel – Rechtssicherheit durch Interpretationshilfen für eine „Good Internet Advertising Practice“; in: PharmR 2011, S. 257-261.
- Dietlein, Johannes/Hecker, Manfred/Ruttig, Markus*; Glücksspielrecht – Kommentar, München 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2008).
— Glücksspielrecht – Kommentar, 2. Auflage, München 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV 2012).
- Doepner, Ulf*; Heilmittelwerbegesetz – Kommentar, 2. Auflage, München 2000 (zit.: *Doepner*, HWG).
- Döbbelt, Simon*; Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht – Eine kritische Analyse unter Berücksichtigung der verfassungs-, europa- und wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen, Hamburg 2008 (zit.: *Döbbelt*, Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht).
- Dörr, Oliver*; Das Verbot gewerblicher Internetvermittlung von Lotto auf dem Prüfstand der EG-Grundfreiheiten, in: DVBl 2010, S. 69-77.
- Dreier, Horst*; Grundgesetz – Kommentar, Band I: Präambel, Artikel 1-19, 2. Auflage, Tübingen 2004 (zit.: *Dreier/Bearbeiter*, GG).
- Eichele, Wolfgang/Happe, Eike*; Verstoßen die BORA und die FAO gegen das europäische Kartellrecht?, in: NJW 2003, S. 1214-1219.
- Ekey, Friedrich L./Brämer, Antje*; Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2005 (zit.: *Ekey/Bearbeiter*).
- Engels, Stefan*; Glücksspielstaatsvertrag 2008 – Marketing und Vertrieb für erlaubtes Glücksspiel, in: WRP 2008, S. 470-478.
- Engler, Cornelia*; Werben und Zuwenden im Gesundheitswesen: Eine Einführung in vier Teilen, 2. Auflage, Heidelberg 2000 (zit.: *Engler*, Werben und Zuwenden im Gesundheitswesen).
- Ennuschat, Jörg*; Aktuelle Rechtsfragen des staatlichen Lotteriemonopols in Deutschland, in: ZFWG 2008, S. 83-89.

- Ennuschat, Jörg/Klestil, Stephanie*; Sperrverfügungen gegenüber dem Access-Provider als Instrument zur Bekämpfung des illegalen Online-Glücksspiels?, in: ZfWG 2010, S. 389-395.
- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max*; Strafrechtliche Nebengesetze, 191. Ergänzungslieferung, München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in Erbs/Kohlhaas).
- Ernst, Stefan/Spoenle, Jan*; Weinversandhandel und Jugendschutz, in: ZLR 2007, S. 114-124.
- Eylmann, Horst*; Reglementierung der Werbung in der Berufsordnung – sinnvoll, überflüssig oder unzulässig?, in: AnwBl 1996, S. 481-485.
- Eylmann, Horst/Vaasen, Hans-Dieter*; Bundesnotarordnung – Kommentar, 3. Auflage, München 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in Eylmann/Vaasen).
- Fackler, Stephan*; Die normative Kraft des Faktischen – Eine kritische Analyse zur Entscheidung des BVerfG in Sachen Sportwetten, in: K&R 2006, S. 313-316. — Fernsehen und Glücksspiel, München 2009 (zit.: *Fackler*, Fernsehen und Glücksspiel).
- Fechner, Frank*; Medienrecht – Lehrbuch des gesamten Medienrechts unter besonderer Berücksichtigung von Presse, Rundfunk und Fernsehen, 14. Auflage, Tübingen 2013 (zit.: *Fechner*, Medienrecht).
- Feuerich, Wilhelm/Weyland, Dag*; Bundesrechtsanwaltsordnung: Berufsordnung, Fachanwaltsordnung, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Recht für Anwälte auf dem Gebiet der Europäischen Union, Patentanwaltsordnung – Kommentar, 8. Auflage, München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in Feuerich/Weyland).
- Fezer, Karl-Heinz*; Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 1: §§ 1-4 UWG, 2. Auflage, München 2010 (zit.: *Fezer/Bearbeiter*).
- Fischer, Jonas*; Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, Frankfurt am Main 2009 (zit.: *Fischer*, Recht der Glücksspiele).
- Flehsig, Norbert*; Virtuelle Anwaltswerbung im Internet – Anmerkung zum Urteil des Landgerichts Trier vom 19.09.1996 – 7 HO 113/96, in: ZUM 1997, S. 98-100.
- Frank, Thomas*; ALL YOU NEED IS l@w – Die Homepage des Rechtsanwalts, in: K&R 2004, S. 175-182.
- Gaier, Reinhard/Wolf, Christian/Göcken, Stephan*; Anwaltliches Berufsrecht – Kommentar, Köln 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in Gaier/Wolf/Göcken).
- Gawrich, Simone/Parteina, Manfred/Ziller, Ruth*; Heilmittel und Werberecht: Erläuterungen zu Heilmittelwerbeengesetz (HWG), Bonn 1999 (zit.: *Gawrich/Parteina/Ziller*, Heilmittel und Werberecht).
- Gebhardt, Inbo/Grüsser-Sinopoli, Sabine*; Glücksspiel in Deutschland – Ökonomie, Recht, Sucht, Berlin 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in Glücksspiel in Deutschland).

- Gebre, Horst/Koslowski, Günter*; Steuerberatungsgesetz – Kommentar mit Durchführungsverordnungen, 6. Auflage, München 2009 (zit.: *Gebre/Koslowski*).
- Geiger, Rudolf/Khan, Daniel-Erasmus/Kotzur, Markus*; EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 5. Auflage, München 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV).
- Gelissen, Georg*; Arzneimittelwerbung im Internet, Hamburg 2008 (zit.: *Gelissen*, Arzneimittelwerbung im Internet).
- Gesellensetter, Catrin*; Die Annäherung des Freien Arztberufes an das Gewerbe – Eine verfassungs-, sozial- und berufsrechtliche Untersuchung, Berlin 2007 (zit.: *Gesellensetter*, Annäherung des Freien Arztberufes an das Gewerbe).
- Gloy, Wolfgang/Loschelder, Michael/Erdmann, Willi*; Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, München 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in Gloy/Loschelder/Erdmann).
- Goerke, Peter/Köber, Christiane*; Wettbewerbsrecht für Apotheker, 2. Auflage, Bad Homburg 2007 (zit.: *Goerke/Köber*, Wettbewerbsrecht für Apotheker).
- Grenenig, Claus*; Die Umsetzung der Werbebestimmungen der EU-Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste in deutsches Recht aus Sicht des privaten Rundfunks, in: ZUM 2009, S. 703-709.
- Von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen*; Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1, 6. Auflage, Baden-Baden 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in Groeben/Schwarze).
- Gröning, Jochem/Weibe-Gröning, Claudia*; Heilmittelwerberecht – Kommentar zum deutschen und europäischen Recht, Band 1: Gesetz über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens (Heilmittelwerbe-gesetz – HWG), 4. Aktualisierungslieferung, Stuttgart 2011 (zit.: *Gröning*, HWG).
- Heilmittelwerberecht – Kommentar zum deutschen und europäischen Recht, Band 2: Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, 4. Aktualisierungslieferung, Stuttgart 2011 (zit.: *Gröning*, HWG, Bd. 2.).
- Grünwald, Andreas*; Schall und Rauch? – Zur Vereinbarkeit der sogenannten Tabakrichtlinie mit den Grundrechten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Münster 1999 (zit.: *Grünwald*, Schall und Rauch).
- Gundel, Jörg*; Die zweite Fassung der Tabakwerberichtlinie vor dem EuGH: Weitere Klärungen zur Binnenmarkt-Harmonisierungskompetenz der Gemeinschaft, in: EuR 2007, S. 251-261.
- Hahn, Werner/Vesting, Thomas*; Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Auflage, München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in Hahn/Vesting).
- Haltern, Ulrich*; Gemeinschaftsrechtliche Aspekte des Glücksspiels, Berlin 2007 (zit.: *Haltern*, Gemeinschaftsrechtliche Aspekte des Glücksspiels).

- Hardege, Stefan*; Freie Berufe in Deutschland, Bestandsaufnahme und Reformoptionen, Köln 2008 (zit.: *Hardege*, Freie Berufe in Deutschland).
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Franke*; Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – Kommentar, 2. Auflage, München 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*).
- Härtig, Niko*; Anwaltliche Werbung im Internet, in: *AnwBl* 2000, S. 343-346.
- Härtig, Niko/Steinbrecher, Alexander*; Kanzlei-Websites – Spiel ohne Grenzen, in: *AnwBl* 2005, S. 10-15.
- Hartstein, Reinhard/Ring, Wolf-Dieter/Krelle, Johannes/Dörr, Dieter*; Rundfunkstaatsvertrag – Kommentar zum Staatsvertrag Rundfunk und Telemedien (RStV) und zum Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV), 54. Ergänzungslieferung, München 2013 (zit.: *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*).
- Hartung, Wolfgang/Römermann, Volker*; Berufs- und Fachanwaltsordnung, Europäische Berufsregeln – CCBE, Bundesrechtsanwaltsordnung (§§ 43-59m BRAO), Kommentar, 5. Auflage, München 2012 (zit.: *Hartung/Römermann/Bearbeiter*).
- Hecker, Manfred*; Quo vadis Glücksspielstaatsvertrag? – Zwischenbericht über den Entwicklungsstand eines ungeliebten Nasciturus, in: *WRP* 2012, S. 523-533.
- Heckmann, Dirk*; Vereinbarkeit der Online-Versteigerung anwaltlicher Beratungsleistungen mit Berufsrecht, in: *jurisPR-ITR* 10/2008, Anm. 2.
- Heeg, Volker/Levermann, Thore*; GlüStV 2012 – Marktöffnung oder Scheinliberalisierung?, in: *MMR* 2012, S. 726-730.
- Heermann, Peter*; Werbebeschränkungen für öffentliches Glücksspiel nach dem Glücksspielstaatsvertrag, in: *WRP* 2008, S. 479-491.
- Hense, Burkhard/Ulrich, Dieter*; WPO Kommentar – Kommentar zum Berufsrecht der Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer, Düsseldorf 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in *Hense/Ulrich*).
- Henssler, Martin/Prütting, Hans*; Bundesrechtsanwaltsordnung: Berufsordnung, Fachanwaltsordnung, EuRAG, CCBE, Rechtsdienstleistungsgesetz, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz – Kommentar, 3. Auflage, München 2010 (zit.: *Henssler/Prütting/Bearbeiter*).
- Herrmann, Peter/Hirsch, Günter*; Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 1: Grundlagen des Wettbewerbsrechts, Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, Europäisches Gemeinschaftsrecht – Grundlagen und sekundärrechtliche Maßnahmen, §§ 1-4 UWG, München 2006 (zit.: *MüKo/Bearbeiter*).
- Hess, Gangolf*; Anmerkung zu: OLG Frankfurt 6. Zivilsenat, Urteil vom 31.08.2006 – 6 U 118/05, in: *jurisPR-WettbR* 11/2006, Anm. 6.

- Hettich, Michael*; Neue Fragen des öffentlichen Glücksspielrechts unter besonderer Berücksichtigung der verfassungs- und internetrechtlichen Problematiken sowie der strafrechtlichen, internationalen und insbesondere europarechtlichen Bezüge, Berlin 2006 (zit.: *Hettich*, Neue Fragen des öffentlichen Glücksspielrechts).
- Hilf, Juliane/Ploetzel, Barbara*; Der Nichtannahmebeschluss des BVerfG vom 14.10.2008 (Az. 1 BvR 928/08) – Nur die Nichtannahme ist beschlossene Sache, in: *ZfWG* 2009, S. 8-12.
- Hirte, Heribert*; Anwaltswerbung – Zulässigkeit, Grenzen und deren verfahrensrechtliche Durchsetzung, in: *ZfP* 2003, S. 135-163.
- Horn, Hans-Detlef/Fischer, Jonas*; Rechtsfragen der Werbung für privat veranstaltete Sportwetten, in: *GewArch* 2005, S. 217-221.
- Horst, Hans Reinold*; E-Commerce – Verbotenes Terrain für Rechtsanwälte?, in: *MDR* 2000, S. 1293-1304.
- Hof, Dirk*; Berufs- und wettbewerbsrechtliche Grenzen der Anwaltswerbung im Internet, in: *AnwBl* 2002, S. 377-387.
- Hübsch, Moritz*; Der Gebrauch geschützter Kennzeichen als Advertising Keyword (AdWords) – ein Fall für das Marken- oder Wettbewerbsrecht?, in: *K&R* 2006, S. 223-225.
- Huff, Martin*; Werbung und Marketing des Rechtsanwalts – Zulässigkeit, Sinn und Zweck, in: *MDR* 1999, S. 465-467.
- Hüsken, Felix*; Staatsaufsicht über die Landesmedienanstalten und Sportwettewerbung im Privatfernsehen – Unter besonderer Berücksichtigung des materiellrechtlichen Fernsehwerbverbotes für Glücksspiele gemäß § 5 Abs. 3 Alt. 1 GlüStV, Baden-Baden 2008 (zit.: *Hüsken*, Sportwettewerbung).
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo*; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 12. Auflage, München 2012 (zit.: *Jarass/Pieroth*, GG).
- Johnston, Nantje*; Lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche im Glücksspielrecht – Eine Analyse des deutschen Glücksspielrechts unter Berücksichtigung verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Aspekte, Frankfurt am Main 2009 (zit.: *Johnston*, Unterlassungsansprüche im Glücksspielrecht).
- Junker, Markus*; Gegner-Listen im Internet und Verfassungsrecht, in: *jurisPR-ITR* 3/2008, Anm. 5.
- Kazemi, Robert*; Der Arzt im Internet – Möglichkeit und Grenzen einer Präsentation im World Wide Web, in: *MedR* 2005, S. 17-22.
- Kieser, Timo*; Apothekenrecht: Einführung und Grundlagen, Stuttgart 2006 (zit.: *Kieser*, Apothekenrecht).
- Kleine-Cosack, Michael*; Bundesrechtsanwaltsordnung: mit Berufs- und Fachanwaltsordnung – Kommentar, 6. Auflage, München 2009 (zit.: *Kleine-Cosack*, BRAO).

- Das Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, 2. Auflage, München 2004 (zit.: *Kleine-Cosack*, Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe).
- Vom Amt des Notars zum freien Beruf – Grundrechtsdefizite im notariellen Berufsrecht, in: DNotZ 2004, S. 327-334.
- Vom Universalnotar zum Spezialisten, in: NJW 2005, S. 1230-1235.
- Vom Werbeverbot zum Werberecht des Arztes – Auf dem Weg zu einem einheitlichen Werberecht aller Freiberufler, in: NJW 2003, S. 868-870.
- Werbefreiheit für Notare – Vom Amtsmythos zum Grundgesetz, in: AnwBl 2003, S. 601-606.
- Klinger, Markus*; Anmerkung zu VGH München 10. Senat, Beschluss vom 20.11.2008 – 10 CS 08.2399, in: jurisPR-ITR 4/2009, Anm. 4.
- Klöck, Oliver/Klein, Matthias*; Anmerkung zu den Urteilen des EuGH in der Rs. Markus Stoß und Carmen Media, in: ZfWG 2010, S. 356-359.
- Kluth, Winfried/Goltz, Ferdinand/Kujath, Karsten*; Die Zukunft der freien Berufe in der Europäischen Union: eine Untersuchung der europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben für das deutsche Recht der freien Berufe am Beispiel des Berufsrechts der Steuerberater, Baden-Baden 2005 (zit.: *Kluth/Goltz/Kujath*, Zukunft der freien Berufe).
- Knorpp, Katrin*; Der rechtskonforme Auftritt von Rechtsanwälten im Internet, Hamburg 2005 (zit.: *Knorpp*, Rechtsanwälte im Internet).
- Koch, Thomas*; Von „Anwaltswerbung I“ zu „Anwaltswerbung II“, in: Festschrift für Willi Erdmann, S. 613-628, Köln 2002 (zit.: *Koch*, in FS Erdmann).
- Koenig, Christian*; Gemeinschaftsrechtliche Kohärenzanforderungen an mitgliedstaatliche Beschränkungsmaßnahmen im Glücksspielbereich, in: ZfWG 2009, S. 229-234.
- Koenig, Christian/Ciszewski, Simon*; Darlegungs- und Nachweismassstäbe bei regulatorischen Systemwidersprüchen im Glücksspielbereich, in: ZfWG 2008, S. 397-407.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim*; Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Preisangabenverordnung – Unterlassungsklagengesetz; 31. Auflage, München 2013 (zit.: *Köhler/Bornkamm/Bearbeiter*).
- Die Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen im Internet – zwei Seiten einer verbotenen Medaille? Zugleich Besprechung der Nichtannahmebeschlüsse des BVerfG vom 14.10. und 17.12.2008, in: NVwZ 2009, S. 293-286.
- Kretschmer, Christoph*; Ärztliche Werbung im europäischen Kontext – Zulässigkeit von Werbeeinschränkungen für Ärzte nach europäischem Recht und deutschem Verfassungsrecht, Frankfurt am Main, 2006 (zit.: *Kretschmer*, Ärztliche Werbung).

- Kühling, Jürgen/Müller, Friederike*; Die Europäische Dienstleistungsrichtlinie: Deregulierungsschub für das Berufsrecht der Rechtsanwälte oder viel Lärm um nichts?, in: BRAK-Mitt. 2008, S. 5-10.
- Lehmker, Lutz*; UWG – Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Luchterhand 2007 (zit.: *Lehmker*).
- Leible, Stefan*; Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 08.03.2001 – Rs. C-405/98, in: EuZW 2001, S. 253-255.
- Lenz, Carl Otto/Borchardt, Klaus-Dieter*; EU-Verträge – Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, 6. Auflage, Köln/Wien 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in Lenz/Borchardt, EU-Verträge).
- Liesching, Marv*; Anmerkung zu LG Koblenz, Beschluss vom 13.08.2007, 4 HK O 120/07, in: MMR 2007, S. 725-726.
- Lindner, Josef Franz*; Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, in: BayVBl. 2007, S. 304-306.
- Mabne, Karl/Jouran, René*; Die erlaubte Werbung für Glücksspiele nach dem Glücksspielstaatsvertrag, in: NvWZ 2009, S. 1190-1196.
- Maierböfer, Christian*; Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, in: JZ 2007, S. 463-466.
- Maksowit, Jesko-Alexander*; Unionsrechtliches Kohärenzgebot und das deutsche Glücksspielrecht – Ein (un)lösbarer Widerspruch?, in: ZfWG 2014, S. 169-174.
- Mälzer, Susanne*; Werbemöglichkeiten für Rechtsanwälte in der Europäischen Union, Bonn 1995 (zit.: *Mälzer*, Werbemöglichkeiten für Rechtsanwälte in der EU).
- Mand, Elmar*; Online-Werbung für Arzneimittel im Europäischen Binnenmarkt – Bestell-Listen von Internet-Apotheken im Licht des deutschen Heilmittelwerberechts, in: WRP 2003, S. 192-202.
- Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian*; Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Auflage, München 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG).
- Masing, Johannes/Wiedemann, Richard*; Verkaufsverbot durch Werbeverbot? – Zu den Auswirkungen der Tabakwerbverbots-Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft auf den Internetversandhandel mit Tabakwaren, in: ZUM 2005, S. 595-602.
- Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz*; Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Kommentar, Band 2, 38. Ergänzungslieferung, München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG).
- Meljnik, Konstantin*; Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 08.03.2001 – C-405/98, in: JA 2002, S. 203-205.

- Mentjes, Michaela*; Rechtliche Grenzen der Alkoholwerbung – Eine Untersuchung zu den wettbewerbs-, verfassungs- und europarechtlichen Rechtsgrundlagen, Berlin 2005 (zit.: *Mentjes*, Alkoholwerbung).
- Mintas, Laila*; Glücksspiele im Internet – Insbesondere Sportwetten mit festen Gewinnquoten (Oddset-Wetten) unter strafrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und europarechtlichen Gesichtspunkten, Berlin 2009 (zit.: *Mintas*, Glücksspiele im Internet).
- Mittelsteiner, Karl-Heinz/Gilgan, Hans-Günter/Späth, Wolfgang*; Berufsordnung der Steuerberater, Köln 2002 (zit.: *Bearbeiter*, in Mittelsteiner/Gilgan/Späth).
- Möllers, Thomas/Mederle, Daniel*; Werbung von Rechtsanwälten – Moderne Marketingkonzepte und einzelne verfassungs- und europarechtswidrige Normen der BRAO, in: WRP 2008, S. 871-882.
- Müller-Thele, Stefan/Schlegel, Uwe*; Neue Wege für anwaltliche Werbung – Aktuelle Rechtsprechung im Überblick, in: MDR 2006, S. 65-67.
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip*; Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 6. Auflage, München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in Münch/Kunig, GG).
- Nikles, Bruno/Roll, Sigmar/Spürck, Dieter/Umbach, Klaus*; Jugendschutzrecht – Kommentar zum Jugendschutzgesetz (JuSchG) und zum Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) mit Erläuterungen zur Systematik und Praxis des Jugendschutzes, 3. Auflage, Köln 2011 (zit.: *Nikles/Roll/Spürck/Umbach*).
- Noll-Ehlers, Magnus*; Kohärente und systematische Beschränkung der Grundfreiheiten – Ausgehend von der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts im Glücksspielbereich, in: EuZW 2008, S. 522-525.
- Oberlander, Willi*; Neue Freie Berufe in Deutschland, Köln 2009 (zit.: *Oberlander*, Neue Freie Berufe in Deutschland).
- Odenthal, Hans-Jörg*; Rechtsprobleme der neuen Spielverordnung, in: ZfWG 2006, S. 286-291.
- Ohlmann, Wolfgang*; Lotterien und Glücksspiele in Deutschland – Schlaglichter der rechtshistorischen Entwicklung vom 18. bis zum 20. Jahrhundert, in: ZfWG 2007, S. 101-106.
- Verbraucherschutz und Kontrollpolitik, in: VuR 2008, S. 472-478.
- Philipp, Götzi*; Die Entwicklungen der Werbemöglichkeiten und gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Ärzte, Berlin 2008 (zit.: *Philipp*, Werbemöglichkeiten der Ärzte).
- Piper, Henning/Ohly, Ansgar/Sosnitzka, Olaf*; Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar, 5. Auflage, München 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in Piper/Ohly/Sosnitzka).
- Pieroth, Bodo*; Der Glücksspielstaatsvertrag – Drei verfassungs- und europarechtliche Gutachten, Heidelberg 2007 (zit.: *Autor*, in Pieroth, Der Glücksspielstaatsvertrag).

- Poschenrieder, Angela*; Werbebeschränkungen für Arzneimittel – Inhaltliche Bestimmung und Überprüfung an höherrangigem Recht, Berlin 2008 (zit.: *Poschenrieder*, Werbebeschränkungen für Arzneimittel).
- Postel, Dirk*; Glücksspielrechtliche Wirkungen des tatsächlichen Inhalts der nach dem DDR-Gewerbegesetz erteilten Erlaubnisse – Teil 1, in: ZfWG 2007, S. 181-196.
- Glücksspielrechtliche Wirkungen des tatsächlichen Inhalts der nach dem DDR-Gewerbegesetz erteilten Erlaubnisse – Teil 2, in: ZfWG 2007, S. 328-347.
- Ratzel, Rudolf/Lippert, Hans-Dieter*; Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte, 5. Auflage, Berlin 2010 (zit.: *Ratzel/Lippert*, MBO-Kommentar).
- Reichelt, Thomas*; Werbefreiheit für Apotheker?, in: WRP 1997, S. 1133-1139.
- Reichert, Ronald/Winkelmüller, Michael*; Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 06.03.2007 – C-338/04, C-359/04 und C-360/04 (Placanica, Palazzese und Sorricchio), in: EuZW 2007, S. 214-215.
- Rein, Andreas*; Der Rechtsanwalt im Internet – Zulässigkeit eines Gästebuchs, in: NJW 1999, S. 1377-1379.
- Reinhart, Andreas/Meisterernst, Andreas/Meyer, Alfred Hagen*; Recht der Apothekenpraxis: ein Leitfaden von A-Z, Stuttgart 2005 (zit.: *Reinhart/Meisterernst/Meyer*, Recht der Apothekenpraxis).
- Riedlinger, Raoul*; Neufassung der Berufsordnung der Steuerberater (BOSStB), in: DStR 2010, S. 2658.
- Ring, Gerhard*; Wettbewerbsrecht der freien Berufe – Unlauterer Wettbewerb durch standeswidriges Verhalten, Baden-Baden 1989 (zit.: *Ring*, Wettbewerbsrecht der freien Berufe).
- Kurzkomentar zu BVerfG, Beschl. v. 24.07.1997 – 1 BvR 1863/96, in: EWiR 1997, S. 1137-1138.
- Rolfes, Marcus*; Internetapotheken – Rechtliche Probleme der Heilmittelwerbung im Internet und die Zulässigkeit des E-Commerce mit Arzneimitteln, München 2003 (zit.: *Rolfes*, Internetapotheken).
- Römermann, Volker*; Das UWG - besser als das anwaltliche Werberecht – Warum das Berufsrecht bei der Werbung des Anwalts ausgedient hat, in: AnwBl 2007, S. 744-747.
- Ruppert, Stefan*; Die novellierte Berufsordnung der Steuerberater, in: DStR 2011, S. 138-144.
- Ruttig, Markus*; Anmerkung zum Beschluss des VGH Baden-Württemberg vom 16.10.2008 – 6 S 1288/08, in: ZfWG 2008, S. 451-453.
- Sachs, Michael*; Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, München 2011 (zit.: *Sachs/Bearbeiter*, GG).

- Saenger, Ingo/Rißé, Arne*; Die anwaltliche Homepage – Berufs und wettbewerbsrechtliche Grenzen bei der Wahl des Domainnamens, in: MDR 2005, S. 1381-1386.
- Die Gestaltung der Anwaltshomepage, in: WRP 2005, S. 1468-1476.
- Scheuerl, Walter*; Anwaltswerbung im Internet – Die berufsrechtlich zulässige Selbstdarstellung auf der Homepage, in: NJW 1997, S. 1291-1293.
- Schier, Alexander/Lehmann, Matthias*; Anmerkung zu EuGH vom 12.12.2006, C-380/03 – Tabakwerbeverbot, in: GPR 2007, S. 68-70.
- Schippel, Helmut/Bracker, Ulrich*; Bundesnotarordnung – Kommentar, 9. Auflage, München 2011 (zit.: Schippel/Bracker/Bearbeiter).
- Schmidt, Stefan*; Heilmittelwerberecht: Vorstellung der Reform des Heilmittelwerbegesetzes; in: PharmR 2012, S. 285-290.
- Schmits, Volker*; Betrachtung von Werbeverboten unter anderem für Lotterien im Rundfunk – Gleichzeitig eine Besprechung des VG München-Beschlusses vom 18. August 2006, in: ZfWG 2007, S. 197-202.
- Schmittmann, Jens*; Die Domain des Notars, in: K&R 2006, S. 67-71.
- Werbung von Angehörigen der rechts- und steuerberatenden Berufe im Internet, in: MDR 1997, S. 601-604.
- Schneider, Harald*; Die anwaltliche Homepage, in: ZAP Fach 23 (2001), S. 567-578.
- Standes- und wettbewerbsrechtliche Grenzen der Internet – Präsentation von Anwälten, in: MDR 2000, S. 133-138.
- Scholz, Rainer/Liesching, Marc*; Jugendschutz: Jugendschutzgesetz, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, Vorschriften des Strafgesetzbuchs, des Teledienstegesetzes und des Rundfunkstaatsvertrags sowie weitere Bestimmungen zum Jugendschutz – Kommentar, 4. Auflage, München 2004 (zit.: Scholz/Liesching).
- Scholz, Rupert/Weidemann, Clemens*; Die bundesweite Tatbestandswirkung von DDR-Sportwettenerlaubnissen und ihre Konsequenzen für den geplanten Glücksspielstaatsvertrag, in: ZfWG 2007, S. 83-92.
- Schöttle, Hendrik*; Online-Glücksspiele und der Glücksspiel-Staatsvertrag – Ein Überblick über die jüngste Entwicklung und die neue Rechtslage, in: K&R 2008, S. 155-160.
- Schroeder, Werner/Lechner, Eva*; Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, in: ZLR 2007, S. 362-368.
- Schulte, Mark*; Das Werberecht der freien Berufe, Köln 2001 (zit.: Schulte, Werberecht der freien Berufe).
- Schulte, Thomas/Schulte, Ulrich*; Unzulässige Werbung von Anwälten im Internet? Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit und Werbeverbot nach § 43b BRAO, in: MMR 2002, S. 585-588.

- Schünemann, Wolfgang/Jacobs, Rainer*; UWG: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen, Großkommentar, Berlin 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in UWG-Großkomm.).
- Schuster, Agnes*; Das Werberecht des Notars im Verhältnis zum Werberecht der freien Berufe, Hamburg 2007 (zit.: *Schuster*, Werberecht des Notars).
- Schütze, Christian/Kalke, Jens*; Die Spielverordnung – die rechtliche, suchtmedizinische und politische Diskussion über die Geldspielautomaten, in: ZfWG 2009, S. 235-246.
- Schwan, Alexander*; Trotz Kammerbeschluss des BVerfG alles offen? – Erwiderung zu Hilf/Ploeckl, ZfWG 2009, S. 8 ff., in: ZfWG 2009, S. 80-82.
- Schwarze, Jürgen*; EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in Schwarze, EU-Kommentar).
- Séché, Maurice*; Die Vereinbarkeit freiberuflicher Regulierungen mit dem EGV unter besonderer Berücksichtigung des Art. 86 Abs. 2 EGV, Bonn 2008 (zit.: *Séché*, Vereinbarkeit freiberuflicher Regulierungen mit dem EGV).
- Sieben, Peter*; Sind die bestehenden Werbebeschränkungen im Heilmittelwerberecht verfassungsgemäß?, in: MedR 2005, S. 637-640.
- Simma, Bruno/Weiler, J. H. H./Zöckler, Markus*; Kompetenzen und Grundrechte: Beschränkungen der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts, Berlin 1999 (zit.: *Simma/Weiler/Zöckler*, Kompetenzen und Grundrechte).
- Sobola, Sabine*; Homepage, Domainname, Meta-Tags – Rechtsanwaltswerbung im Internet, in: NJW 2001, S. 1113-1115.
- Sodan, Helge*; Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, Tübingen 1997 (zit.: *Sodan*, Freie Berufe).
- Sodan, Helge/Zimmermann, Markus*; Das Spannungsfeld zwischen Patientenversorgung und dem Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel – Eine Studie zur verfassungskonformen Auslegung von § 10 Abs. 1 des Heilmittelwerbegesetzes, Berlin 2008 (zit.: *Sodan/Zimmermann*, Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel).
- Sopp, Alexander*; Tabakkonsum und Tabakwerbeverbot – eine ökonomische Analyse des Gemeinschaftsrechts, in: EuZW 2005, S. 365-368.
- Starke, Timm*; Die neuen Werbebestimmungen des notariellen Berufsrechts, in: Festschrift für Gerold Bezenberger, S. 611-632, Berlin 2000 (zit.: *Starke*, in FS Bezenberger).
- Stein, Torsten*; „Wo laufen sie denn“? – „Last Call“ des EuGH für das Sportwettenmonopol?, in: ZfWG 2010, S. 353-356.
- Zur Tabakwerberichtlinie – Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, in: EuZW 2007, S. 54-56.
- Steinbeck, Anja*; Werbung von Rechtsanwälten im Internet, in: NJW 2003, S. 1481-1488.

- Streinz, Rudolf*; Freier Warenverkehr – Alkoholwerbverbote tatsächlich diskriminierende Verkaufsmodalität – Rechtfertigung durch Gesundheitsschutz, in: JuS 2001, S. 807-809.
- Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8.03.2001 – C-405/98 – Zur Konkretisierung der „Keck“-Rechtsprechung und zur Reichweite der Dienstleistungsfreiheit, in: ZLR 2002, S. 412-417.
- Strutz, Beate*; EG-Werbewerbot für Tabakerzeugnisse auf dem gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand Osnabrück 2004 (zit. aus Online-Ressource: http://repositorium.uni-osnabrueck.de/bitstream/urn:nbn:de:gbv:700-2004122012/2/E-Diss374_thesis.pdf (zit.: *Strutz*, EG-Werbewerbot).
- Sucker, Kirsten*; Apotheke und Werbung, Stuttgart 2000 (zit.: *Sucker*, Apotheke und Werbung).
- Taupitz, Jochen*; Die Standesordnungen der freien Berufe – Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung im Rechtssystem, Berlin 1991 (zit.: *Taupitz*, Standesordnungen).
- Tettinger, Peter*; EG-rechtliche Verbote von Werbung und Sponsoring bei Tabakerzeugnissen und deutsches Verfassungsrecht, Bonn 1998 (zit.: *Tettinger*, EG-rechtliche Verbote).
- Thaysen, Maren*; Sportwetten in Deutschland – Zur rechtlichen Zulässigkeit des neuen Staatsmonopols und eines liberalisierten Sportwettenmarktes, Baden-Baden 2009 (zit.: *Thaysen*, Sportwetten in Deutschland).
- Tisch, Lutz*; Apotheke im Wettbewerb – Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Eschborn 2000 (zit.: *Tisch*, Apotheke im Wettbewerb).
- Ukena, Gert/Opfermann, Anja*; Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, in: WRP 1999, S. 141-145.
- Ullmann, Eike*; Die Europäische Union und das nationale Wettbewerbs- und Urheberrecht, in: JZ 1994, S. 928-937.
- Waschke, Michael*; EU-Dienstleistungsrichtlinie und Berufsanerkennungsrichtlinie – Analyse der Auswirkungen auf das Recht der freien Berufe in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, Bonn 2008 (zit.: *Waschke*, EU-Dienstleistungsrichtlinie).
- Weblau, Andreas*; Zum Verbot der Bewerbung eines alkoholhaltigen Instantgetränkpulvers, in: ZLR 2007, S. 228-231.
- Weimar, Tobias*; Das HWG und das Internet – Der Internetauftritt eines Pharmaunternehmens, in: PharmR 2003, S. 231-237.
- Wenn, Matthias*; Internetwerbung eines öffentlich bestellten Vermessungsingenieurs, in: jurisPR-ITR 12/2007, Anm. 5.
- Wiemers, Matthias*; Das Publikumswerbewerbot verschreibungspflichtiger Arzneimittel – Eine verfassungsrechtliche Bestandsaufnahme, in: WRP 2007, S. 145-151.

- Winkelmüller, Michael/Rietdorf, Marco*; Kohärenz des Glücksspielrechts – Eine Anmerkung zum Beschluss des VGH Hessen vom 08.11.2007 – 7 TG 1921/07, in: ZfWG 2007, S. 441-442.
- Wiring, Roland*; Das deutsche Glücksspielmonopol – Politisch gewollt, gemeinschaftsrechtlich nicht haltbar?, in: ZfWG 2007, S. 203-208.
- Wöstmann, Heinz*; Internetpräsenz der Notare – Zur Ergänzung der Nr. VII der Richtlinienempfehlung der Bundesnotarkammer, in: ZNotP 2003, S. 292-297.
- Wudy, Florian/Pobl, Harald*; Ein Überblick über die durch den Gesetzentwurf zur 16. AMG-Novelle geplanten Änderungen im Heilmittelwerberecht; in: WRP 2012, S. 388-395.
- Wutzö, Petra*; Arzneimittelwerbung des Herstellers und Verbraucheransprüche im deutschen und französischen Recht, Frankfurt am Main 2009 (zit.: *Wutzö, Arzneimittelwerbung des Herstellers*).
- Zerres, Karl Stefan*; Apothekenrecht kompakt – Rechtsprechung rund um die Apotheke, Stuttgart 2002 (zit.: *Zerres, Apothekenrecht*).

Die verwendeten Abkürzungen finden sich bei:

Kirchner, Hildebert/Pannier, Dietrich; Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Auflage, Berlin 2013.

Obwohl das Werberecht der freien Berufe weitestgehend liberalisiert wurde, nutzen Freiberufler vor allem die Möglichkeiten digitaler Werbung nur eingeschränkt. Gesundheitsgefährdende und suchtgefährliche Produkte werden dagegen in der Presse, im Fernsehen, Radio und Kino sowie im Internet mit allen Mitteln gewerblicher Werbung präsentiert. Vor dem Hintergrund dieser Gegensätze vergleicht dieses Buch das Standesrecht der freien Berufe mit den Reglementierungen für Tabakprodukte, alkoholische Getränke und Arzneimittel. Es wird dargelegt, inwieweit mediale Werbeformen für berufs- und produktbezogene Werbung genutzt werden dürfen und mit welchen Schutzzweckerwägungen die Rechtsprechung Beschränkungen rechtfertigt. Anhand der hieraus folgenden verfassungs- und europarechtlichen Erfordernisse an eine kohärente Medienreglementierung wird anschließend die Rechtmäßigkeit der Werbeverbote des Glücksspielstaatsvertrages beurteilt, welche seit der ersten Staatsvertragsfassung von 2008 erheblicher Kritik ausgesetzt ist.