

Medienrecht - Praxishandbuch Band 3: Wettbewerbs- und Werberecht

von
Prof. Dr. Artur-Axel Wandtke

2., neubearbeitete und erweiterte Auflage

[Medienrecht - Praxishandbuch Band 3: Wettbewerbs- und Werberecht – Wandtke](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Medien-, Presse- und Rundfunkrecht](#) – [Informationsrecht, Neue Medien](#)

De Gruyter Berlin; New York 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 11 024870 8

§ 1

Rundfunkwerberecht – Allgemeiner Teil

I. Wirtschaftliche Bedeutung der Rundfunkwerbung

Die Werbung ist ein bedeutender **Wirtschaftszweig**. In den Staaten der Europäischen Union machten die Ausgaben für Werbung im Jahr 2009 1,49 % des Bruttoinlandsprodukts aus. Allein in Deutschland wurden für Werbung im Jahr 2009 € 28,84 Mrd ausgegeben.¹ Der Anteil am Bruttoinlandsprodukt liegt bei 1,2 %, damit allerdings unter den Werten aus den 80er Jahren. **1**

Werbung für Produkte und Dienstleistungen findet häufig in Medien statt; im Fernsehen, im Hörfunk, in der Zeitung, im Internet, sogar im Videospiel. Die Werbeeinnahmen der Medien **im Jahr 2009** betragen € 18,3 Mio. Die **Aufteilung der Werbeausgaben** zwischen den verschiedenen Medien hat sich mit der Zulassung des privaten Fernsehens stark geändert. So verdoppelte sich der Anteil der Fernsehwerbung zwischen 1985 und 1995 von rund 10 % auf rund 20 %. Seitdem ist die Aufteilung in etwa stabil geblieben. Der wichtigste Werbeträger sind nach wie vor Printmedien; in Deutschland beträgt ihr Anteil rund 50 %.² Der Anteil der Hörfunkwerbung ist dagegen mit 4 % vergleichsweise gering. Der Anteil der Kinowerbung liegt unter 1 %.³ Obwohl die Online-Werbung wächst, hat ihr Marktanteil an den gesamten Werbeausgaben im Jahr 2009 gerade 4 % erreicht.⁴ **2**

Werbung bietet zusammen mit Sonderformen wie dem Sponsoring die entscheidende finanzielle Basis des privaten Rundfunks. Beim privaten Free-TV und Radio wäre ohne Werbeeinnahmen das **Geschäftsmodell** beendet.⁵ Aber auch das öffentlich-rechtliche Free-TV und sogar das Pay-TV generieren einen kleinen Teil ihrer Einnahmen mit der Ausstrahlung von Werbebotschaften Dritter. **3**

Werbep Buchungen im Fernsehen werden noch heute im Prinzip ähnlich gehandhabt wie zu Zeiten des öffentlich-rechtlichen Fernsehmonopols, als nur wenig Werbezeit zur Verfügung stand: Im dritten Quartal eines jeden Jahres nehmen die großen Werbeagenturen bei den Fernsehsendern bzw. ihren Vermarktungsgesellschaften ihre **Ersteinbuchung** für das folgende Jahr vor. Es werden das Buchungsvolumen insgesamt festgelegt und die besonderen Wünsche der Werbetreibenden angemeldet. Mit Bestätigung des Senders kommt ein Vertrag über die erfüllbaren Buchungswünsche zustande. Diese Buchungen werden im Laufe des Jahres **optimiert**, um für das beworbene Produkt möglichst reichweitenstarke und inhaltlich optimale Programmumfelder zu suchen. Im Durchschnitt wird jeder Spot bis zu seiner Ausstrahlung acht- bis neunmal **umgebucht**. Diese Umbuchungen – und darin liegt die entscheidende Änderung in der Praxis – sind teilweise noch wenige Stunden vor Ausstrahlung möglich. Laut den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der meisten Sender sind **Stornierungen bis zu vier Wochen vor dem geplanten Ausstrahlungstermin** möglich. In der Praxis werden Stornierungen jedoch sogar bis zu zwei Wochen vor dem Termin noch zugelassen: Die freigebliebenen Werbeplätze können dann von kleineren Agenturen und schnell entschlossenen Werbekunden noch gebucht werden. Die Sender vereinbaren für möglicherweise **4**

¹ ZAW Werbung in Deutschland 2010, 9 f.

² ZAW Werbung in Deutschland 2010, 17.

³ ZAW Werbung in Deutschland 2010, 16.

⁴ ZAW Werbung in Deutschland 2010, 9, 17.

⁵ Schon der Rückgang der Werbeeinnahmen

von rund € 4,7 auf € 3,8 Mrd in den Jahren 2002–2004 stellte die privaten Veranstalter vor erhebliche Probleme; zur Bedeutung der Fernsehwerbung instruktiv: BGH NJW 2004, 3032 ff – Werbeblocker „Fernsehfee“.

im letzten Moment noch frei werdende Plätze in Werbeblocks eine Art „**Stand-By-Rabatt**“, der oft von „**Direct-Response-Anbietern**“ (Teleshopping, Hotlines etc) genutzt wird. Bei diesen Buchungen hat der Buchende keinen Anspruch auf Schaltung des Spots; sie erfolgt nur, wenn ein Sendeplatz aufgrund einer kurzfristigen Stornierung frei wird. Der **Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft eV (ZAW)** hat von der in § 22 Abs 2 Nr 2 iVm Abs 3 Nr 2 GWB eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht und „**Einheitliche Grundsätze zur Gestaltung und Ausführung von Aufträgen im Bereich der Rundfunkwerbung**“ empfohlen.

II. Werbeformen

- 5** Die Formen der Rundfunkwerbung (im weiten Sinn) haben sich in den letzten zehn Jahren stark ausdifferenziert. Der klassische Werbespot hat Konkurrenz bekommen. Ein Indiz dafür sind die vielen – häufig aus dem angloamerikanischen Raum stammenden – Bezeichnungen⁶ wie „split screen“, „virtual advertising“, „infomercials“, „cut in“, „crawl“, „frame split“, „Telepromotion“, aber auch deutsche Bezeichnungen wie etwa „Dauerwerbesendung“. Ordnet man die verschiedenen Werbeformen nach ihrer **Länge**, liegen am einen Ende des Spektrums die sehr kurzen Botschaften, wie zB eine Produktplatzierung, eine Trikot- oder Bandenwerbung, der sog „reminder“ oder ein kurzer Sponsorhinweis. In der Mitte des Spektrums läge der **klassische Werbespot** mit einer Länge von 20–30 Sekunden. Dazu gehören aber auch **DR-TV** (direct response TV)-Spots und kurze **Teleshopping-Spots**. Sie erlauben, das Produkt nicht nur in einem positiven Umfeld darzustellen, sondern auch Produktinformationen und Produktemotionen zu kommunizieren. Die ausführlichste Werbekommunikation sind **Dauerwerbesendungen** in Form von Infomercials, Promostory, Storymercials, Showmercials oder Teleshoppingfenstern.
- 6** Rechtlich ebenfalls bedeutsam ist der **Grad der Integration** der Werbung in das Programm. Man unterscheidet in die sog „**instrumentale**“ und die sog „**mediale**“ Werbung. Erstere ist vom Programm getrennte, klar erkennbare Werbung, wie zB ein Werbespot. Bei der „**medialen**“ Werbung handelt es sich um Werbung, bei der werbliche und nicht-werbliche Inhalte vermischt werden. Im fiktionalen Kontext spricht man auch von „**programmintegrierter Werbung**“, im non-fiktionalen von sog „**redaktioneller Werbung**“. Es gibt zulässige Formen, wie zB „infomercials“ oder „showmercials“, wie die Show „Der Preis ist heiß“, die jedoch als Dauerwerbesendungen gekennzeichnet werden muss.
- 7** Ordnet man die verschiedenen Formen **medialer Werbung** nach dem **Grad der Einbindung** in den Programmen üblichen Inhalt, so lassen sich – am Beispiel eines Coca-Cola-Placements **drei Stufen** unterscheiden: (1.) Im Film erscheint ein Werbeplakat für Coca-Cola. Hier ist zumindest deutlich, dass es sich um eine werbliche Aussage handelt. (2.) Auf dem Frühstückstisch des Protagonisten sieht man eine Coca-Cola Dose. (3.) Die Coca-Cola wird – selbstverständlich positiv – in die Handlung eingebaut, zB trinkt der Protagonist eine Dose. Noch tiefer ginge die Integration des Produkts in das Programm, wenn der Protagonist nach dem Absetzen der Dose das Getränk loben oder sich einen Dialog über die Vorteile dieses Softdrinks gegenüber anderen Markenprodukten entspinnen würde.

⁶ Eine umfangreiche Liste von neuer Sonderwerbeformen im Fernsehen findet sich in ZAW Werbung in Deutschland 2007, 310 f.

Eine Rechtsordnung kann auf das vielstimmige Crescendo an Werbeformen unterschiedlich reagieren: Sie kann regulieren, verbieten und einschränken, oder sie kann die Entwicklung den Marktkräften überlassen. Die europäische Tendenz einer eher detaillierten **Regulierung** mag dabei nicht der einzig gangbare Weg sein. Gibt man bei YouTube zB das Stichwort „Product Placement“ ein, finden sich ausführliche Sammlungen von Product Placements in bekannten US-Spielfilmen und US-Serien. Englischsprachige Zuschauer machen sich den Spaß, hunderte von Programmstunden nach versteckten werblichen Botschaften abzusuchen und sie anschließend ins Netz zu stellen. Geht man von dieser Art der Konsumenten aus, ist Regulierung nicht mehr erforderlich.⁷ Bis die Mehrheit der Fernsehzuschauer in Europa derartig „media savvy“ ist, wird allerdings noch Zeit vergehen.

8

III. Die inhaltliche Struktur des Rundfunkwerberechts

Das im Wesentlichen im Rundfunkstaatsvertrag geregelte **Rundfunkwerberecht** weist eine Vielzahl von Regelungen auf. Zum Teil gehen die Regelungen sehr ins Detail; man denke bspw an die Regelung zur Dauer und zur Aufmachung des Werbetrenners, der vor Beginn eines Werbeblocks ausgestrahlt werden muss. Diese Vielfalt ist neben der rechtlichen Ausdifferenzierung auch der Tatsache geschuldet, dass der Gegenstandsbereich, wie oben beschrieben, selbst immer vielfältiger wird. Dennoch lässt sich das Rundfunkwerberecht auf wenige Grundprinzipien und Regelungsbereiche herunterbrechen:

9

1. Allgemeine Regeln

Die zentralen **allgemeinen Regeln** sind: das **Trennungsgebot**, das **Erkennbarkeits- oder Kennzeichnungsgebot** bzw Schleichwerbeverbot sowie das **Beeinflussungsverbot**. Das Trennungsgebot fordert vom Rundfunksender, redaktionelles Programm und werbliche Botschaften voneinander zu trennen. Dies geschieht zB über Werbetrenner oder einen gut sichtbaren Balken beim sog „split screen“. Das Trennungsprinzip wird als „Eckpfeiler“⁸ oder „Magna Charta“⁹ des Rundfunkrechts und als „tragendes Prinzip des Medienrechts“¹⁰ bezeichnet. Für Printprodukte findet es sich in § 10 des jeweiligen Landespressegesetzes.¹¹ Das Erkennbarkeitsgebot geht weniger weit; es verlangt nur, dass Werbung als solche erkennbar ist und nicht schleichend daherkommt. Dies erreicht man durch entsprechende Kennzeichnung. Fehlt sie bei werblichen Inhalten, die ins Programm integriert sind, so spricht man von „Schleichwerbung“. Das Beeinflussungsverbot möchte verhindern, dass die ökonomische Macht der Werbewirtschaft die redaktionelle Unabhängigkeit gefährdet. Näheres zur Erläuterung dieser Regeln in Rn 120 ff.

10

⁷ In diese Richtung gehen auch Studien, die nahe legen, dass das TV-Publikum (erkennbare) integrierte Werbung der getrennten Werbung (in Werbeblöcken) vorzieht, vgl *Thommen* epd medien 82/2005, 29.

⁸ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* § 7 Rn 26.

⁹ *Engels/Giebel* ZUM 2000, 265, 269.

¹⁰ *Hesse* Kap 4 Rn 56.

¹¹ Vgl dazu *Henning-Bodewig* GRUR 1996, 321 ff.

2. Inhaltliche Werbegrenzen

- 11** Des Weiteren gibt es eine Reihe von **inhaltlichen Werbebeschränkungen**; das berühmteste und älteste im deutschen Rundfunk ist das Tabakwerbeverbot. Zu diesen inhaltlichen Beschränkungen gehören aber auch komplexere gesetzliche Maßgaben, wie etwa § 7 Abs 1 RStV; danach darf Werbung „nicht irreführen, den Interessen der Verbraucher nicht schaden und nicht Verhaltensweisen fördern, die die Gesundheit oder Sicherheit der Verbraucher sowie den Schutz der Umwelt gefährden.“

3. Werbehöchstmengen

- 12** Anders als beim Kinofilm oder bei den Printmedien überlässt der Gesetzgeber die Werbemenge im Rundfunk nicht den Marktkräften. Es werden Höchstmengen festgelegt, die zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Sendern differieren.

4. Unterbrecherwerbung

- 13** Die künstlerische Integrität der Programme und die Geduld der Rezipienten werden zumindest teilweise durch Beschränkungen der Unterbrecherwerbung geschützt. So darf zB nach geltendem TV-Werberecht ein Kinofilm nur alle 30 durch Werbeblöcke unterbrochen werden.

5. Sponsoring und Teleshopping

- 14** Im Rundfunk gibt es Sonderformen kommerzieller Botschaften, die weder unter die Definition von Werbung noch der von Schleichwerbung fallen. Die wichtigste Sonderform ist das Sponsoring. Aber auch das Teleshopping enthält viele werbliche Elemente und muss deswegen zumindest von der Rundfunkwerbung abgegrenzt und in den Grundzügen dargestellt werden.

6. Gesetzliche Definitionen

- 15** Bevor die oben genannten Regeln und Vorschriften auf bestimmte Sachverhalte angewendet werden, muss die **Tür zum Rundfunkwerberecht** überhaupt geöffnet sein. Ob eine kommerzielle Botschaft Werbung im Sinne des Rundfunkrechts ist, richtet sich nach der gesetzlichen **Definition** von Werbung und Schleichwerbung im Rundfunkstaatsvertrag. So schließt der Begriff der Rundfunkwerbung bspw die politische Werbung nicht mit ein. Das Verbot der politischen Werbung im § 7 Abs 8 RStV stellt daher eine Sonderregelung dar, für die etwa Werbemengenbegrenzungen nicht gelten.

IV. Rechtsgrundlagen

- 16** In Deutschland ist das **Rundfunkwerberecht** in den §§ 1(c)–(e), 7, 7a und 8 RStV geregelt. Die §§ 15–18 RStV gelten für die öffentlich-rechtlichen Rundfunksender, die §§ 43–45a RStV enthalten spezielle Regelungen für die privaten Sender. Daneben gibt es ein Verbot¹² der Tabakwerbung und Beschränkungen bei der Arzneimittelwerbung im Heilmittelwerbegesetz.

¹² ZAW Werbung in Deutschland 2007, 126.

Diese Normen basierten zu großen Teilen auf Vorgaben der **Fernseh-RL** „Fernsehen ohne Grenzen“ aus dem Jahr 1997.¹³ Gem Art 27 Abs 1 FsÜ¹⁴ ist die Fernseh-RL die vorrangige Norm, die im Verhältnis von EU-Mitgliedsstaaten allein Anwendung findet. Die Fernseh-RL wurde durch die am 19.12.2007 in Kraft getretene Audiovisuelle Mediendienste Richtlinie¹⁵ (AVMDR) novelliert, die in Deutschland mit dem 13. RÄndStV (Rundfunkänderungsstaatsvertrag) mit Wirkung zum 1.4.2010 umgesetzt wurde. 17

Nicht auf europäischen Vorgaben beruhen vereinzelte Regelungen mit einem Rundfunkbezug, zB der derzeit bis zum Ende 2012 befristete Glücksspielstaatsvertrag, der Werbeverbote für Glücksspiel im Fernsehen und im Internet enthält (§ 5 Abs 3 des Glücksspielstaatsvertrages). 18

Für den **Hörfunk** gilt zwar ebenfalls der Rundfunkstaatsvertrag, teilweise jedoch mit einigen Sonderregelungen. § 16 Abs 5 RStV iVm dem jeweiligen Landesrundfunkgesetz (zB WDR-Gesetz) begrenzt die tägliche Werbung für den öffentlich-rechtlichen Hörfunk auf 90 Minuten pro Tag, während zB die Höchstgrenze für das Erste Fernsehprogramm 20 Minuten im Jahresdurchschnitt beträgt. 19

Häufig finden sich in den **Landesmediengesetzen** und **Landesrundfunkgesetzen** der einzelnen Bundesländer **gleichlautende oder weitergehende Werberegungen**. Sie sind jedoch nur heranzuziehen, wenn sie im Verhältnis zum RStV abweichende Regelungen enthalten (§ 1 Abs 2 RStV). Die Landesmedienanstalten haben gem § 46 RStV gemeinsame Richtlinien zur Interpretation und Durchführung dieser Normen, die sog **DLM-Werbe-RLen**¹⁶ erlassen. Inhaltlich ähnliche **Werberichtlinien** haben sich auch ARD und ZDF gegeben. Daneben gelten – ergänzend¹⁷ – das Werberecht des UWG sowie in Verbindung mit dem Wettbewerbsrecht auch die branchenübergreifenden **Selbstverpflichtungskataloge**, wie zB die **Verhaltensregeln des deutschen Werberates über alkoholische Getränke**.¹⁸ Ob letztere – zusammen mit der Generalklausel in § 7 Abs 1 S 1 RStV – die fehlende Umsetzung von Art AVMBR ersetzen, ist zweifelhaft. Die Verhaltensregeln des Werberats sind weniger streng und lassen sich wettbewerbsrechtlich nur eingeschränkt durchsetzen.¹⁹ Für den **privaten Hörfunk** gibt es eine eigene Richtlinie zu Werbung und Sponsoring. 20

Streitig ist, ob es sich bei den **Werberichtlinien** um **norminterpretierende** oder **normkoncretisierende** Verwaltungsvorschriften handelt, zumindest soweit es sich um die Rechtsfolgenseite geht. Die hM geht davon aus, dass die Richtlinie lediglich norminterpretierenden Charakter haben und dass auf ihrer Basis getroffene Entscheidungen im Werbebereich gerichtlich voll überprüfbar sind.²⁰ Über die gesetzlichen Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags hinaus können sie keine Einschränkungen vorsehen. Sie dienen der Vereinheitlichung der Verwaltungspraxis. Anders ist es nur, so- 21

¹³ RL 89/552/EWG des Rates v 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehätigkeit.

¹⁴ Europäisches Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 5.5.1989, abgedr ua in *Höfling/Möwes/Pechstein* 42 ff.

¹⁵ RL 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 11.12.2007.

¹⁶ Gemeinsamen Richtlinie der Landesmedienanstalten für die Werbung, zur Durchführung

der Trennung von Werbung und Programm und für das Sponsoring im Fernsehen/im Hörfunk (Werbe-RLen) v 21.2.2000.

¹⁷ S unten Rn 23 ff.

¹⁸ Abgedr bei *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* § 7 Rn 107.

¹⁹ *Beucher/Leyendecker/von Rosenberg* § 7 Rn 72.

²⁰ Statt vieler *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* § 46 Rn 2; aA *Hahn/Vesting/Ladeur* § 46 Rn 10.

weit der Gesetzgeber den Landesmedienanstalten Satzungsautonomie zubilligt, wie etwa bei den Kabelbelegungssatzungen.

- 22** Die Rundfunkanstalten der **ARD** und des **ZDF** müssen gem § 16 f RStV zur seiner Durchführung Werberichtlinien erlassen. Auch hier handelt es sich häufig um norminterpretierende Verwaltungsvorschriften – allerdings **ohne Außenwirkung**, weil sie sich damit nur selbst binden. Das Selbstverwaltungsrecht der Rundfunkanstalten und das Intendantenprinzip lassen es allerdings auch zu, über das Gesetz hinauszugehen. Die Rechtsaufsicht (das zuständige Bundesland) kann die Richtlinien auf Gesetzeskonformität hin überprüfen.

V. Konkurrenz zwischen Werberecht im RStV und im UWG

- 23** Das Gebot der **Trennung** von Werbung und Programm, der **Erkennbarkeit** von Werbung bzw das Verbot der **Schleichwerbung** finden sich sowohl im Rundfunkstaatsvertrag als auch im UWG. Einschlägig ist das Regelbeispiel in § 4 Nr 3 UWG. Danach handelt unlauter, wer den Werbecharakter von Wettbewerbshandlungen verschleiert²¹. Ist die UWG-Norm im Fernsbereich neben § 7 Abs 6 S 1 RStV und der Definition in § 2 Abs 2 Nr 6 RStV anwendbar oder stellen die rundfunkrechtlichen Regelungen für den Rundfunk eine abschließende Spezialregelung dar? Dieses Problem wurde bisher von Rechtsprechung und Literatur nur gestreift.²²
- 24** Zweifel an einer parallelen Anwendbarkeit von Regelbeispiel und rundfunkrechtlicher Regelung ergeben sich aus dem Umstand, dass im Rundfunkstaatsvertrag Regelungen der Fernseh-RL in deutsches Recht umgesetzt worden sind. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) ist in einem Fall der Konkurrenz zwischen Rundfunk- und Wettbewerbsrecht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Richtlinie in dem von ihr koordinierten Bereich eine abschließende Regelung darstellt²³. In diesem Fall ging es um eine nach schwedischem Wettbewerbsrecht verbotene Kinderwerbung. Die Wettbewerbsbehörde untersagte schwedischen Unternehmen, an Kinder gerichtete Fernsehwerbung in TV 10 zu schalten. Bei TV 10 handelte es sich um einen in Großbritannien niedergelassenen Fernsehveranstalter, der im Besitz einer rundfunkrechtlichen Sendeerlaubnis der britischen Rundfunkbehörde war. Zwar hatte der schwedische „Konsumentenombudsmann“ keine Zuständigkeit für TV 10. Obwohl das Programm sich an das schwedische Publikum richtete, konnte er nicht verlangen, Kinderwerbung zu unterlassen. Dies ergibt sich aus dem **Sendelandsprinzip** in Art 2a der Fernseh-RL. Aber auch die mittelbare Erzwingung des schwedischen Kinderwerbverbots über die schwedischen Werbetreibenden wurde dem „Konsumentenombudsmann“ vom EuGH verwehrt. In dem von der Richtlinie koordinierten Bereich gehe die Richtlinie vor, auch wenn das Wettbewerbsrecht des Mitgliedsstaates davon abweicht.
- 25** Ginge es also um Schleichwerbung in einem im EU-Ausland zugelassenen Sender, wäre es europarechtlich ausgeschlossen, von den Regelungen und Definitionen der Fernseh-RL abzuweichen. Mitgliedsstaaten können gem Art 3 der Fernseh-RL Fern-

²¹ Ein Unterlassungsanspruch von Wettbewerbern ergibt sich dann aus § 8 iVm § 3 und dem Regelbeispiel.

²² Hefermehl/Köhler/Bornkamm/Köhler § 4 Rn 3.7 geht zu Recht davon aus, dass § 7 Abs 6 S 1 RStV gegenüber dem Regelbeispiel in 3

lex specialis ist; stattdessen kommt nur eine Wettbewerbswidrigkeit nach dem Regelbeispiel Nr 11 (Vorsprung durch Rechtsbruch) in Verbindung mit der rundfunkrechtlichen Regelung in Betracht.

²³ EuGH Slg 1997, I-3875 – de Agostini.

sehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, allerdings strengeren oder ausführlicheren Bestimmungen unterwerfen, als die Fernseh-RL selbst vorsieht. Diese Möglichkeit entbindet jedoch nicht von der Pflicht, Regelungen im koordinierten Bereich **richtlinienkonform** auszulegen. Das heißt, es wäre zulässig, im Rundfunkstaatsvertrag oder auch im UWG ein weitergehendes Verbot aufzustellen – etwa in dem man anstelle der jetzt geforderten Schleichwerbeabsicht des Senders auch bewusste Fahrlässigkeit des Senders mit Bezug auf den Werbezweck der Schleichwerbung ausreichen lassen würde. Dabei müsste es sich aber um eine gesetzliche Regelung handeln. Bei der Interpretation einer bestehenden Norm muss hingegen die Richtlinie und der von ihr koordinierte Bereich beachtet werden.

Diese europarechtliche Argumentation wird durch systematische Überlegungen unterstützt. Die Feststellung, ob und in welchem Umfang eine Vorschrift als „*lex specialis*“ anzusehen ist, richtet sich nach den üblichen Auslegungsgrundsätzen; dabei kommt es entscheidend auf den Vergleich der Normzwecke der konkurrierenden Vorschriften an.²⁴

Das Regelbeispiel in § 4 Nr 3 UWG spricht von der Verschleierung des Wettbewerbscharakters von Wettbewerbshandlungen. Damit ist Schleichwerbung gemeint, obwohl der Wortlaut sich von der engeren Definition der Schleichwerbung im Fernsehen in § 2 Abs 2 Nr 6 RStV unterscheidet.²⁵ UWG und Rundfunkstaatsvertrag regeln also im Bereich der Fernsehwerbung denselben Sachverhalt. In der **Gesetzgebungsgeschichte** findet sich kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Wettbewerbsrechts eine für den Fernsehbereich oder auch für alle Medien strengere Regelung treffen wollte. Im Gegenteil scheint er davon auszugehen, dass es sich beim Trennungs- und Erkennbarkeitsgebot um allgemeine Prinzipien handelt, welche „auch in Spezialvorschriften der Landespresse- und Landesmediengesetze vorkommen.“²⁶ Das rundfunkrechtliche Gebot hat nur zusätzlich den aus Art 5 Abs 1 S 2 GG fließenden Schutz der Unabhängigkeit des Programmveranstalters vor der Beeinflussung durch die werbetreibende Wirtschaft im Auge und nicht nur das Interesse der Wettbewerber an der Neutralität der Medien im Wettbewerb und das der Verbraucher, nicht über den Werbecharakter des Inhalts irregeführt zu werden. Da das wettbewerbsrechtliche Schleichwerbeverbot keine über das rundfunkrechtliche Schleichwerbeverbot hinausgehenden Normzwecke verfolgt, ist auch aus diesem Grunde eine Konkurrenz beider Normen im Bereich der Schleichwerbung im Fernsehen nicht erforderlich.

Eine Besonderheit des Schleichwerbetatbestandes im Rundfunkstaatsvertrag ist der Umstand, dass die Werbeabsicht beim Veranstalter vorliegen muss. Wendet man den Tatbestand auf den Fernsehproduzenten an, kann dieser den Tatbestand nicht erfüllen.²⁷ Und umgekehrt begehrt der Sender keine Schleichwerbung, wenn er die Schleichwerbung des von ihm beauftragten Produzenten nicht erkennt (näher zu dieser Problematik vgl Rn 88 ff). Außerdem findet sich im Rundfunkrecht eine Spezialregelung zum erlaubten „Product Placement“, die eine Einschränkung des allgemeinen Verbots der Schleichwerbung darstellt.

Aus den genannten Gründen ist eine **differenzierende Betrachtung** sinnvoll: Soweit das Schleichwerbeverbot und die Regeln zur Produktplatzierung unmittelbar Anwen-

²⁴ Rütbers Rn 771.

²⁵ Vgl etwa Hefermehl/Köhler/Bornkamm/Köhler § 4 Rn 3,7, 3,43 ff.

²⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drucks 15/1487, 17.

²⁷ AA Hahn/Vesting/Ladeur § 7 Rn 57 mwN.

dung finden, also insb gegenüber Fernsehsendern, gehen die Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrages vor. Klagt also bspw ein Fernsehsender gegen den anderen auf Unterlassung von Schleichwerbung, dürfte er dies nicht auf § 4 Nr 3 UWG stützen, sondern auf das Regelbeispiel in § 4 Nr 11 UWG (Vorsprung durch Rechtsbruch) iVm § 7 Abs 6 RStV und § 2 Abs 2 Nr 6 RStV. Geht es um Fernsehwerbung bzw Schleichwerbung im Fernsehen und ist kein Fernsehveranstalter betroffen, sind RStV und UWG nebeneinander anwendbar²⁸. Allerdings kann der Begriff der Schleichwerbung im Regelbeispiel aus § 4 Nr 3 UWG bei der *Schleichwerbung im Rundfunk* nicht anders ausgelegt werden als für die unmittelbar betroffenen Fernsehveranstalter gem § 2 Abs 2 Nr 6 RStV. Diese fernsehspezifische Definition der Schleichwerbung bzw der erlaubten Produktplatzierung ist vorrangig. Mit anderen Worten: § 4 Nr 3 UWG muss mit Bezug auf Rundfunk rundfunkrechtlich und damit auch richtlinienkonform ausgelegt werden. Es kommt daher auf die Frage, ob das Regelbeispiel in § 4 Nr 3 UWG möglicherweise einen weiteren oder engeren Schleichwerbebegriff enthält als § 2 Abs 2 Nr 6 RStV, für den Bereich der Fernsehwerbung nicht mehr an.

VI. Die Ziele des Gesetzgebers bei der Regulierung der Rundfunkwerbung

1. Regelungsspezifische Ziele

- 30** Es gibt **regelungsübergreifende** und **regelungsspezifische Ziele** des Gesetzgebers bei der Regulierung der Rundfunkwerbung. Letztere sind so vielfältig wie die Regelungen selbst. So hat das Verbot der Tabakwerbung die Reduktion des Tabakkonsums in Deutschland zum Ziel. Das Verbot der Unterbrechung von Gottesdienstübertragungen will den sakralen Kern solcher Veranstaltungen vor Verwässerung durch kommerzielle Botschaften schützen. In all diesen Regelungen liegen die gesetzlichen Zwecke klar zu Tage. Soweit erforderlich, soll auf sie deshalb auch erst im Kontext der Darstellung bzw Interpretation der entsprechenden Spezialregelung eingegangen werden.

2. Allgemeine Ziele

- 31** Sehr viel schwieriger hingegen ist die Herausarbeitung der **allgemeineren Ziele**, insb der ratio legis des **Trennungs-, Kennzeichnungs- bzw Erkennbarkeitsgebots** und des **Beeinflussungsverbots**. Alle drei Prinzipien sind in § 7 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) verankert. Gem § 7 Abs 3 S 1 RStV müssen Werbung und Teleshopping als solche klar **erkennbar** sein. Nach S 3 müssen Werbung und Teleshopping im Fernsehen durch optische Mittel, im Hörfunk durch akustische Mittel eindeutig von anderen Programmteilen **getrennt** sein. Das **Beeinflussungsverbot** findet sich zunächst in § 7 Abs 2 RStV und § 8 Abs 2 RStV verbieten, dass Inhalt und Programmplatz durch Werbetreibende oder Sponsoren in der Weise beeinflusst werden, dass die Verantwortung und die redaktionelle Unabhängigkeit des Rundfunkveranstalters beeinträchtigt werden.
- 32** Das **Trennungsprinzip** gilt als gefestigter Grundsatz des Medienwerberechts.²⁹ Der Verband Deutscher Zeitungsverleger akzeptierte bereits 1901 ein einheitliches Verbot

²⁸ Die Lösung über „Vorsprung durch Rechtsbruch“ ist nicht möglich, wenn und insoweit der Dritte (zB der Werbetreibende oder der Fernsehproduzent) nicht Adressat der verwal-

tungsrechtlichen Vorschriften des RStV sein kann.

²⁹ S oben Fn 8, 9, 10; *Wieben* 48 ff.

der Vermengung von redaktionellen und Anzeigenteil in einer, wie man es heute nennen würde, freiwilligen Selbstbeschränkung.³⁰ Das 1933 verabschiedete Schriftleitergesetz enthielt eine Vorschrift die alles untersagte, „was eigennützige Zwecke mit gemeinnützigen in einer die Öffentlichkeit irreführenden Weise vermengt.“³¹ Das Trennungsgebot hat eine lange Tradition im deutschen Presserecht; es wurde bereits 1957 in einem Urteil des OLG Celle als „gefestigte Standesauffassung“ bezeichnet.³²

Trennungs- oder **Kennzeichnungs-** oder **Erkennbarkeitsgebot** werden häufig synonym verwendet. Das ist jedoch irreführend. Das Gesetz unterscheidet nicht ohne Grund zwischen dem Erkennbarkeits- und dem Trennungsgebot. Der Unterschied zwischen den beiden lässt sich an folgendem kleinen Beispiel illustrieren: Nehmen wir an, ein Showmaster, nimmt während der Show sein Handy aus der Jackentasche, lobt das Design und gewisse technische Eigenschaften des Geräts und verrät am Ende mit einem Augenzwinkern, dass der Handy Hersteller für diese Aussage „eine Menge Geld“ bezahlt habe. Das Trennungsprinzip wäre verletzt, weil Programm und werbliche Aussage untrennbar vermischt werden. Das Erkennbarkeitsgebot hingegen wäre nicht verletzt, weil es für jeden erkennbar gewesen wäre, dass es sich um eine werbliche Botschaft handelte. Ein zweites Beispiel: Nehmen wir an, werbliche Artikel zu den Themen „Auto und Motorsport“ wären einer Tageszeitung mit einer Beilage beigelegt worden. Es ist klar, dass die Tageszeitung und die Beilage getrennt voneinander wären. Dennoch mag vielen Lesern nicht deutlich geworden sein, dass es sich bei der Beilage um Werbung handeln würde. Deswegen fordern die Landespressegesetze auch eine Kennzeichnung, zB durch das Wort „Anzeige“.

33

Wie zentral der Unterschied zwischen **Trennung** und **Erkennbarkeit** ist, zeigt sich an der Diskussion um die Zulassung des „Product Placement“. Vereinfacht ausgedrückt (für Details s unten Teil 1 Kap 3 Rn 167 ff), lassen §§ 7 VII, 15 und 44 RStV Produktplatzierung zu, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllt und wenn sie als solches gekennzeichnet ist. Eine **Trennung** von werblichen und redaktionellen Teil kann es bei diesem Konzept einer programmintegrierten Werbung nicht geben. Daran würde man auch nichts ändern, wenn man – wie vor der Legalisierung der Produktplatzierung diskutiert wurde – den Warnhinweis nicht nur vor und nach der Sendung platzieren würde, sondern unmittelbar jedes einzelne Placement mit einem Signet als werbliches Elemente kennzeichnen würde. Mit anderen Worten: Lässt man programmintegrierte Werbung zu, ist das Trennungsprinzip verletzt, selbst wenn die Werbung gekennzeichnet und erkennbar ist.

34

Es stellt sich die Frage, ob Trennungs- und Erkennbarkeitsgebot, wie oft behauptet,³³ dieselben **gesetzlichen Zwecke** verfolgen. Die Antwort auf die Frage hat Auswirkungen auch auf Interpretationen und systematische Problemstellungen, etwa das Problem, ob der Begriff der Schleichwerbung ein besonderer Unterfall der Rundfunkwerbung ist. Dieser Zusammenhang wird deutlich, wenn man zB die These beleuchtet, Zweck der Trennung der Werbung sei (auch) die Erkennbarkeit der Werbung. Dann wäre die Trennung (nur) eine von vielen Methoden, um Erkennbarkeit zu

35

³⁰ Baerns 10.

³¹ Baerns 12.

³² OLG Celle DB 1958, 652.

³³ Die meisten Autoren behandeln Trennungs- und Kennzeichnungsgebot undifferenziert nebeneinander: Paschke Rn 367 ff, 537 ff; Gersdorf Rn 256 ff; Fechner Rn 971 ff; Petersen

§ 15 Rn 2 ff; Hesse 3. IV 1 Rn 56 ff; Beucher/Leyendecker/von Rosenberg § 7 Rn 27; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner § 7 Rn 27; Bork GRUR 1988, 264 ff; zu Recht differenzierend hingegen Hahn/Vesting/Ladeur § 7 Rn 28 ff und Goumalakis WRP 2005, 1476, 1477.

gewährleisten und stünde damit diesbezüglich **neben** den Kennzeichnungsverpflichtungen. So einfach liegt die Sache jedoch nicht.

- 36** Das **Erkennbarkeitsgebot** hat zwei **Ziele**: Zunächst schützt es die **Entscheidungs-freiheit** des **Verbrauchers**. Der Medienrezipient (sei es als Zuschauer, Zuhörer, oder Leser) soll nicht darüber getäuscht werden, ob er oder sie eine werbliche oder redaktionelle Botschaft wahrnimmt. Konsumenten tendieren dazu, Werbepbotschaften (bzw generell „pro domo“ gesprochene Botschaften) kritischer zu würdigen und ihnen weniger Glauben zu schenken als redaktionellen. Schutzobjekt ist also zunächst der Konsument.³⁴
- 37** Das **zweite Ziel** ist der faire **Leistungswettbewerb**.³⁵ Wettbewerber fordern von den Medien, auf der Basis fairer möglichst objektiver Kriterien verglichen und bewertet zu werden. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn ein Unternehmen, zB ein besonders finanzkräftiger Arzneimittelherstellers, dafür bezahlt, dass sein Produkt in einer Ratgebersendung als besonders wirksam und preisgünstig herausgestellt wird. Bei einem Verstoß gegen die Neutralität des Rundfunks gegenüber sachfremden Einflüssen der Werbewirtschaft ist die Gleichheit der wettbewerblichen Ausgangsbedingungen verletzt.
- 38** Etwas komplexer müsste die Argumentation sein, wenn man nicht die Verhinderung einzelner Verstöße, sondern die **Gesamtregelung**, also zB das Verbot der Schleichwerbung generell in den Blick nimmt: Wäre Schleichwerbung auch dann wettbewerbspolitisch problematisch, wenn jeder Wettbewerber es dürfte? Hätten nicht wieder alle Wettbewerber die gleichen Chancen für diese heimlichen Werbeaussagen im redaktionellen Programm zu sorgen? Meines Erachtens böte der damit ausgelöste sekundäre Wettbewerb um versteckte Werberplätze nicht die Gewähr, dass es zu einem fairen Leistungswettbewerb in den Medien kommt. Letztlich aber bedürfte es einer tiefergehenden ökonomischen Analyse, um diese Frage zu beantworten.
- 39** Die Ziele des **Trennungsprinzips** sind mit den erwähnten des Erkennbarkeitsgebots nur vordergründig identisch. Nur wenn man die Trennung von Werbung und Programm als (eine) Methode, Werbung erkennbar zu machen ansieht, dient das Trennungsgebot dem gleichen Zweck wie das Erkennbarkeitsgebot. Es verfolgt jedoch ein über den Verbraucher- und Wettbewerbsschutz hinausgehendes Ziel: die **Unabhängigkeit** des Rundfunks von werblichen Aussagen oder, etwas abstrakter formuliert, die **Autonomie der Medien** gegenüber der ökonomischen Sphäre.³⁶ Es bezweckt die Autonomie der Programmgestaltung, schützt das Vertrauen des Zuschauers in eben diese Autonomie und fördert somit die Aufgabe des Rundfunks, zu einer umfassenden öffentlichen und individuellen Meinungsbildung beizutragen. Dasselbe Ziel wird auch vom **Beeinflussungsverbot** verfolgt.
- 40** Das Trennungsgebot ist für den Erhalt der Medienautonomie praktisch bedeutsamer als das Beeinflussungsverbot. Während das Beeinflussungsverbot interne Kenntnisse zur Kommunikation zwischen dem werbetreibenden Unternehmen und dem Medienunternehmen voraussetzen würde, um Verstöße dagegen festzustellen, sind Verstöße gegen das Trennungsgebot sehr **viel leichter zu ermitteln**. Definiert man, wie wir später sehen werden, werbliche Aussagen, objektiv und gewissermaßen mit dem Blick von „außen“ (zB allein durch die Tatsache, dass das Produkt übermäßig und in

³⁴ BGH GRUR 1990, 611, 615 – Wer erschoss Boro?; *Abrens* GRUR 1995, 307, 308.

³⁵ So BGH GRUR 1990, 611, 615 – Wer erschoss Boro?; krit dagegen *Schultze* 93 f.

³⁶ So auch *Gounalakis* WRP 2005, 1476 ff; in ähnl Richtung von *Danwitz* AfP 2005, 417, 419.

werblich anmutender Weise herausgestellt ist), so lassen sich derartig offensichtlich werbliche Aussagen gut erkennen. Ein Richter kann die Prüfung durch einfache Lektüre des jeweiligen Artikels oder durch Anschauen der Aufzeichnungen der jeweiligen Sendung an seinem Schreibtisch vornehmen. Weil die Durchsetzung vergleichsweise einfach ist, besitzt das Trennungsgebot eine praktisch weitaus größere Bedeutung als das Beeinflussungsverbot. Betrachtete man Rechtsprechung und Lehre in Deutschland und Europa, ist das Beeinflussungsverbot eher ein Programmsatz geblieben.³⁷ Das Trennungsprinzip ist hingegen kein Papiertiger, die Zahl der Verwaltungsverfahren und vor allem der Wettbewerbsprozesse, bei denen es um Verstöße gegen das Trennungsgebot geht, ist groß.³⁸

Warum sollte die **Autonomie der Medien** geschützt werden? Die Autonomie dient der Meinungsvielfalt. Würden fiktional Inhalte grds auf die Bedürfnisse der Werbetreibendenindustrie eingestellt, gäbe es wohl noch mehr Serien wie „Sex in the City“, die sich vor allem hervorragend als Werberplattform eigneten. Im redaktionellen Bereich wären die Folgen noch gravierender. Niemand wüsste mehr genau, ob der entsprechende journalistische Beitrag mehr auf Einschätzungen des Journalisten oder seines Werbepartners beruhte. Selbst wenn auf integrierte Werbung hingewiesen würde, müsste der Rezipient Ausmaß und Detail der Beeinflussung selbst herausfinden. Man kann das Ziel der Medienautonomie im Übrigen noch grundsätzlicher fassen: Grundlegende Systeme der Gesellschaft müssen zumindest im Kern ihrer Autonomie bewahren. Nehmen wir das Beispiel der Wissenschaft. Ihr autonom verwalteter „Code“ ist die Wahrheit bzw die objektive Erkenntnis. Was dies bedeutet (dh, wann eine Aussage „wahr“ ist), wird wissenschaftsintern im Bereich der Methodologie und Erkenntnistheorie debattiert und intersubjektiv festgelegt. Eine Gesellschaft wäre schlecht beraten, wenn sie akzeptierte, dass wissenschaftliche Wahrheit käuflich würde. Damit ist nicht gesagt, dass es keine Auftragsforschung geben dürfe. Problematisch ist nur, wenn innerhalb des Systems der Wissenschaft autonom definierte Standards, Methoden und Wahrheiten im Interesse des zahlenden Auftraggebers verbogen oder gar außer Kraft gesetzt werden. Sehr pointiert formuliert: wenn man mit Geld oder mit politischer Macht dafür sorgen könnte und dürfte, dass zwei plus zwei gleich 4,1 ist, würden sich die Menschen irgendwann mehr für die Frage interessieren, wer dieses Ergebnis bezahlt hat, als für die mathematischen Lehrsätze. Zum Schluss sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Erkennbarkeit der Autonomieverletzung an dieser grundlegenden Problematik nichts ändern würde.

41

VII. Verfassungsrechtliche Basis

Rundfunkwerbung ist von **zwei Seiten verfassungsrechtlich** geschützt.³⁹ Zunächst dient sie insb dem privaten Rundfunk als **Finanzierungsquelle**. Wenn der Gesetzgeber privaten Rundfunk zulasse – so das Bundesverfassungsgericht, dürfe er nicht gleichzeitig Bedingungen aufstellen, die die Veranstaltung des privaten Rundfunks erschweren oder sogar unmöglich machen würden.⁴⁰ Bei der verfassungsrechtlichen Prüfung bzw der verfassungskonformen Auslegung rundfunkwerberechtlicher Normen ist des-

42

³⁷ Ein konkreter gerichtsbekannter Fall eines Verstoßes ist mir nicht bekannt.

³⁸ Köhler WRP 1998, 349 ff.

³⁹ So auch Hahn/Vesting/Ladeur § 7 Rn 4 ff;

Sachs/Bethge Art 5 Rn 108 ff; Umbach/Clemens/Zöbeley Art 5 Rn 90 ff.

⁴⁰ BVerfGE 73, 118 – Niedersachsen, Rn 154.