
Zulässiges Product Placement oder verbotene Schleichwerbung im Fernsehen? Zur Liberalisierung des Schleichwerbeverbots der Fernsehrichtlinie

Claudia Hörmann*

Inhalt

I.	Einleitung und Begriff	586
II.	Der europarechtliche Rahmen der Fernsehwerbung	591
	1. Medienpolitik auf Unionsebene	591
	2. Bestimmungen der Fernsehrichtlinie zur Fernsehwerbung	594
	3. Art. 10 Fernsehrichtlinie – Form und Darbietung der Fernsehwerbung	594
	4. Regelungen außerhalb der Fernsehrichtlinie betreffend den audiovisuellen Sektor	596
	a) Regelungen im Gemeinschaftskontext	596
	b) Regelungen im Bereich der Werbung	597
	5. Der Revisionsprozess der Fernsehrichtlinie	598
III.	Schleichwerbung in Deutschland	601
	1. Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags zur Werbung	601
	2. Schleichwerbung als verdeckte Platzierung von Werbung	603
	3. Schleichwerbung als direkte auffällige Verwendung bekannter Produkte	606
	4. Regelungen außerhalb des RStV betreffend die Werbung – wettbewerbsrechtliche Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb	607
	5. Rundfunkrechtliche Grundsätze und deren Ziel und Zweck	608
	a) Das Kennzeichnungsgebot nach § 7 Abs. 3 Satz 1 RStV	608
	b) Das Verbot unterschwelliger Techniken nach § 7 Abs. 3 Satz 3 RStV	608

* Ass. iur. Claudia Hörmann LL.M., Geschäftsführung des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes, Sektion Rechtswissenschaft. Der vorliegende Beitrag basiert auf der Masterarbeit, die die Verfasserin im Rahmen des Aufbaustudienganges Europäische Integration am Europa-Institut der Universität des Saarlandes angefertigt hat.

c) Das Trennungsgebot nach § 7 Abs. 3 Satz 2 RStV	608
6. Einschränkungen rundfunkrechtlicher Grundsätze	609
a) Die grundgesetzlich garantierte Kunstfreiheit	609
b) Interessenabwägung	611
7. Gesonderte Regeln für Kinofilme und Fremdproduktionen	612
a) Kinofilme	612
b) Fremdproduktionen	614
IV. Auswirkungen der beabsichtigten Liberalisierung des Schleichwerbeverbots	615
1. Exkurs: Blick nach Westen – das liberale amerikanische „Product Placement“	616
2. Widerstand gegen die Liberalisierungspläne der Europäischen Kommission	618
3. Jüngste Reaktionen in Deutschland auf die Schleichwerbedebatte	620
a) Ankündigung allgemeiner Maßnahmen	620
b) Finanzierungsmaßnahmen	621
c) Aufsichts- und Kontrollmechanismen	622
d) Stellungnahme	623
4. Regelungen bezüglich neuer Werbetechniken	624
5. Unterstützung der Liberalisierungspläne der Europäischen Kommission	625
6. Überlegungen hin zu einer Kompromisslösung	626
7. Stellungnahme	627
V. Schlussbemerkung	630
1. Zur deutschen Schleichwerbedebatte	630
2. Zur Liberalisierung des Schleichwerbeverbots	630

I. Einleitung und Begriff

Das *Product Placement* hat seinen Ursprung in den USA und kann inzwischen auf eine über vierzigjährige Geschichte zurückblicken. Zunehmender Wettbewerb, sich ausdehnendes Marketingbewusstsein, ansteigende Produktions- und Werbekosten führten in den Vereinigten Staaten in den sechziger Jahren zu einem professio-

nellen Umgang mit Produktplatzierungen. Bereits im Jahre 1962 fand man die Fluglinie PanAm, die Biersorte Red Stripe sowie Smirnoff-Wodka in der Bond-Verfilmung „Dr. No“ entsprechend in Szene gesetzt.¹ Im Jahre 1967 fährt Dustin Hoffmann in „Die Reifeprüfung“ mit einem Alfa Romeo eine gewisse Mrs. Robinson umher,² wodurch die Absatzzahlen des Sportwagens in den Vereinigten Staaten deutlich anstiegen. Ein neues Marketinginstrument ward entdeckt und in der Folge immer offensichtlicher in Kinofilmen eingesetzt.

Ursprünglich als Nebeneinnahmequelle in der amerikanischen Filmindustrie konzipiert, hat sich das *Product Placement* allgemein als Faktor der Werbewirtschaft etabliert. Die geschätzten Umsätze weltweit liegen bei 50 bis 250 Milliarden Euro. In den USA werden regelmäßig die „*Product Placement Awards*“ für die dreistesten und erfolgreichsten Fälle von Schleichwerbung vergeben.³ Dies ist ein Beispiel für den dort viel liberaleren Umgang mit *Product Placement* im Vergleich zur europäischen, insbesondere deutschen Sichtweise.

Angesichts der enormen Werbewirkung von Filmen ist es eigentlich verwunderlich, dass das *Product Placement* hierzulande erst in den neunziger Jahren zum großen Geschäft angewachsen ist und damit auch zum Schauplatz rechtlicher Auseinandersetzungen wurde. Eine vordergründige Erklärung mag sein, dass zwar seit jeher Versuche werblicher Einflussnahme nachweisbar waren, diese sich jedoch als Einzelfälle charakterisieren ließen, in denen es den Beteiligten darauf ankam, das gefürchtete Verdikt der Schleichwerbung zu vermeiden. Diese in den Anfängen vorherrschende Diskretion von in populären Filmen oder Filmszenen eingesetzten Werbemitteln ist heute gewiss nicht mehr erkennbar. Ob das Unternehmertum nun von sich aus in die Offensive gegangen ist oder ob die Produzenten in Film und Rundfunk den Geist der Zeit erkannt haben und sich dementsprechend anpassen, das Geschäft mit der Werbung blüht, teilweise bis zu den Grenzen der Legalität, teilweise sogar in Überschreitung dieser Grenzen, wie aktuelle Beispiele im deutschen Fernsehen diesen Sommer zeigten.

Mit dem vermehrten Einsatz der Werbung an allen Fronten – im Fernsehen, im Kino, in der Presse, im Radio und auf Plakatwänden oder Leuchtreklamen auf der Straße – hat sich auch ihr Erscheinungsbild gewandelt. Zu den klassischen Werbeformen sind eine Vielzahl neuer moderner Werbeformate wie das *Product Placement*

¹ Nachzulesen unter <http://www.time.com/time/2002/bond/amjamesprod.html> (28.11.2005).

² Meyer-Harport, Neue Werbeformen im Fernsehen, Europäische Hochschulschriften, II/3020, 2000, S. 52; Auer/Kalweit/Nüßler, Product Placement: die neue Kunst der geheimen Verführung, 1998, S. 49. In Anlehnung an diese Szene hat Audi einen aktuellen Werbespot mit Dustin Hoffmann produziert; siehe <http://de.wikipedia.org/wiki/Schleichwerbung> (28.11.2005).

³ von Spitra, Die Oscars für Schleichwerbung, Artikel v. 24.2.2005, <http://www.stern.de/wirtschaft/unternehmen/536901.html?nv=cb> (6.11.2005); siehe auch Sauer, Brandchannel's 2004 Product Placement Awards, http://www.brandchannel.com/features_effect.asp?pf_id=251 (6.11.2005).

hinzugekommen, die zudem stets durch immer neue Werbetechniken ergänzt werden.

Von Seiten der Werbetreibenden und deren Agenturen hat es sich als besonders effektiv erwiesen, den Verbraucher nicht nur offen und direkt mit Werbung zu konfrontieren, sondern indirekte und versteckte Anpreisungsmethoden dergestalt zu wählen, dass dem Verbraucher sogar verborgen bleibt, dass es sich überhaupt um Werbung handelt. Moderne Werbeformen einzusetzen bedeutet daher aus Sicht der Werbetreibenden häufig, gar nicht mehr als solche erkennbare Werbung zu betreiben. Dies ist aus werbepsychologischer Sicht nachvollziehbar: Bei der herkömmlichen Blockwerbung im Fernsehen schalten viele Zuschauer auf andere Sender um oder verlassen den Raum. Sendeanstalten und Werbeagenturen haben daher eine andere Form der Werbung entwickelt, die sie mit dem Programm enger verknüpfen. Der Werbeatikel wird in den Ablauf der Sendung, also in das Programm integriert und taucht während der Sendung als ein Teil derselben auf. Dem Zuschauer soll möglichst entgehen, dass es sich überhaupt um Werbung handelt. Er soll seine Aufmerksamkeit auf den Verlauf der Sendung richten und nur beiläufig das platzierte Produkt registrieren. Der aufmerksame Fernsehzuschauer bemerkt freilich immer häufiger, dass die Einführung bekannter Produkte in eine Sendung – Spielfilm wie Unterhaltungsshow, aber auch Reportagen oder Dokumentationssendungen – so unterschwellig gar nicht geschieht, sondern oftmals direkt und unverblümt ein bekannter Markenname oder ein solches Produkt derart im Rahmen einer Sendung erscheint, dass seine Erwähnung auffällt.

Im Deutschen auch als Schleichwerbung bezeichnet, kommt der Begriff „Product Placement“ ursprünglich aus dem amerikanischen Sprachgebrauch. Die Begriffe „Schleichwerbung“ und „Product Placement“ werden heute zum Teil uneinheitlich verwendet. Die rechtlichen Regelungen trennen nicht zwischen Schleichwerbung und *Product Placement*.⁴ *Product Placement* oder wörtlich übersetzt Produktplatzierung ist die Integration des Namens, des Produkts, der Verpackung, der Dienstleistung oder des Logos eines Markenartikels oder eines Unternehmens in den natürlichen Handlungsablauf einer Sendung in den Massenmedien, ohne dass der Empfänger die akustische oder visuelle Präsentation des Markenartikels unmittelbar als Werbung erkennen soll. Markenartikel werden gezielt in das Programm, also außerhalb der gekennzeichneten Werbesendungen, eingebaut, beispielsweise als Requisite in Filmen oder im Hintergrund einer Szene. Gezielt bedeutet, dass das Auftauchen eines Produkts kein Zufall ist, sondern zwischen dem Hersteller

⁴ In Deutschland enthalten die ARD- und ZDF-Richtlinien für die Werbung unter Punkt 8.3 lediglich die Bestimmung, dass *Product Placement* zulässig ist, „wenn und soweit es aus journalistischen oder künstlerischen Gründen, insbesondere zur Darstellung der realen Umwelt zwingend erforderlich ist.“ Abzurufen sind die Richtlinien unter <http://www.br-online.de/br-intern/organisation/pdf/ard-werberichtlinien.pdf> oder unter <http://www.zdf.de/ZDFde/download/0,1896,2000721,00.pdf> (1.12.2005).

des Markenartikels und dem Fernsehproduzenten abgesprochen ist. *Product Placement* zielt auf die Vermittlung von Werbebotschaften in redaktionellem oder künstlerischem Umfeld durch Nutzung von Produkten in Fernsehsendungen ab. Schleichwerbung gilt als der Versuch, Wirtschaftswerbung in redaktionell gestalteter Form und ohne entsprechende Kennzeichnung zu betreiben. Während der Begriff „Product Placement“ zunächst neutral ist bzw. eine anhand der bestehenden rechtlichen Regelungen als zulässig bewertete Form der Werbung darstellt, ist Schleichwerbung, auch bezeichnet als „getarnte Werbung“ oder „Schmuggelwerbung“, hingegen nach der Fernsehrichtlinie und der sie umsetzenden nationalen Regelung des deutschen Rundfunkstaatsvertrages verboten.⁵ Dies gilt derzeit sowohl für Aktivitäten im fiktionalen Bereich wie beispielsweise Unterhaltungsshow, Serien, Spielfilme, wie auch im non-fiktionalen Bereich wie zum Beispiel in Verbrauchermagazinen, Nachrichten- und Dokumentationssendungen. Schleichwerbung ist keine spezielle Werbeform oder Werbetechnik, sondern vielmehr eine Bewertung oder Einstufung von Werbung.⁶ Neue und bestehende Werbeformate müssen in den Rechtsrahmen der Fernsehrichtlinie bzw. nationaler Rechtsakte eingeordnet und anhand dieses Rahmens bewertet werden. Verstößen sie gegen diese Vorschriften, so liegt verbotene Schleichwerbung vor.

Mittlerweile werden neben dem klassischen *Product Placement* zahlreiche Formen und Umsetzungsformen unterschieden,⁷ wie zum Beispiel das *Information Placement*, bei dem eine bestimmte Information für den Kunden – häufig im Internet oder für redaktionelle Beiträge in Magazinen – platziert wird. Eine Redaktion wird mit Informationen über ein bestimmtes Produkt beliefert, um den Kunden damit vertraut zu machen.

Beim *Corporate Placement* steht hingegen nicht das Produkt als solches, sondern eine Firma oder ein Unternehmen, das direkt genannt oder dessen Logo gezeigt wird, im Vordergrund. Unternehmen haben die Möglichkeit, ihre Vorzüge wie Kundennähe oder Service zu präsentieren – ein bekanntes Beispiel ist die Einbindung von McDonalds in den Kinofilm „Das fünfte Element“ – oder beispielsweise einem in der Bevölkerung vorherrschenden zweifelhaften Image zu begegnen.

Das *Service Placement* stellt besondere Dienstleistungen in den Vordergrund wie die Benutzung von Kreditkarten – beispielsweise im Kinofilm „Minority Report“ Visa und American Express.

⁵ Ausführlicher unter II.3. zur Fernsehrichtlinie sowie unter III.2. zum deutschen Rundfunkstaatsvertrag.

⁶ Siehe die Studie Untersuchung zur Entwicklung neuer Werbetechniken von *Bird & Bird* und *Carat Crystal*, S. 47, abrufbar unter http://www.europa.eu.int/comm/avpolicy/stat/bird_bird/pub_rapportfinal_de.pdf (6.11.2005).

⁷ Vergleiche hierzu <http://de.wikipedia.org/wiki/Schleichwerbung> (6.11.2005); *Meyer-Harport*, (Fn. 2), S. 53 ff.

Das *Country- oder Landside Placement* bietet sich für Regionen und Länder an; Beispiele sind Neuseeland nach der Verfilmung von „Herr der Ringe“ und Prag nach den Dreharbeiten zu „Mission Impossible“.

Das *Idea- oder Image Placement* bindet bestimmte Themen oder Ideologien ein, die in den Vordergrund gestellt werden und so ganze Handlungsstränge oder Dialoge bestimmen – Beispiel ist der Film „Top Gun“, der in den USA die Pilotenausbildung populär machte. Auch politisch oder gesellschaftlich diskutierte Themen können Inhalt solcher, für den Zuschauer meist schwer erkennbarer, *Themenplacements* sein wie beispielsweise der Beitritt der Türkei zur Europäischen Union, der Gegenstand einer Folge der Vorabendserie „Marienhof“ war.⁸

Das *Innovation Placement* eignet sich insbesondere für die Einführung von Marktneuheiten. Zu nennen ist die Vorstellung einer JVC-Kamera im Film „Zurück in die Zukunft“, für die bis zu diesem Zeitpunkt in den konventionellen Medien nicht geworben wurde. Beim *Creative Placement* wird eine Filmhandlung genau auf ein bestimmtes Produkt abgestimmt, so dass dieses im Mittelpunkt steht wie beispielsweise leere Coca-Cola Flaschen im Film „Die Götter müssen verrückt sein“.

Unter *Titelpatronat* versteht man die Integration eines Markennamens in den Titel einer Fernsehsendung wie am 11. Juni 2005 in der Sendung die „Nutella-Geburtstagsshow“ auf RTL2.⁹

Eine Fortentwicklung des *Product Placement* stellt das *Branded Entertainment* dar, das vor allem in amerikanischen Reality-TV-Shows eingesetzt wird und auch in den USA nicht unumstritten ist.¹⁰ Wörtlich könnte man es übersetzen mit „Unterhaltung, die durch Markenartikel bestimmt wird“. Bei dieser Form der Platzierung werden Produkte inhaltlich in die Handlung integriert.

Die Umsetzungsformen des *Product Placement* sind unterschiedlich. Beim *Verbal Placement* wird das Produkt oder die Marke in den Filmdialog eingebaut. Diese Form der Schleichwerbung spricht den Zuschauer durch die akustische Darstellung oft direkt und unverblümt an.¹¹ Hingegen wird beim *Visual Placement* das

⁸ Folge v. 23.4.2004, FAZ v. 2.6.2005, Nr. 125, S. 40.

⁹ Die Hessische Landesanstalt für privaten Rundfunk beklagte einen Verstoß gegen § 7 Abs. 5 RStV, da der Sender die Show zwar als Dauerwerbesendung angekündigt hatte, sie jedoch entgegen Satz 2 dieser Bestimmung nicht während des gesamten Verlaufs als solche gekennzeichnet hatte; Spiegel Online v. 13.6.2005, <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/0,1518,360323,00.html> (6.11.2005). Ein weiteres Beispiel ist die Kochsendung des HR „Gutes aus Hessen“, bei der ein Marketingunternehmen Titelsponsor ist, siehe FAZ v. 29.7.2005, Nr. 174, S. 36.

¹⁰ Ein Beispiel ist die Show von Donald Trump, „The Apprentice“, in der Kandidaten wöchentlich neue Businessideen entwickeln sollen, siehe *Schön*, Widerstand gegen versteckte Werbung, dradio.de, Artikel v. 13.8.2005, abrufbar unter <http://www.dradio.de/dlf/sendungen/marktundmedien/406414/> (28.11.2005).

Produkt oder die Marke nicht erwähnt, sondern optisch dargestellt. Die Einbindung des Produkts fällt dem Zuschauer meist weniger auf, zum Beispiel die Benutzung eines Autos oder eines Handys.

Beim *On-Set Placement* ist das Produkt für den Handlungsablauf hingegen unwichtig. Da es nur kurz vor der Kamera auftaucht und vom Zuschauer nicht bewusst wahrgenommen wird, bezeichnet man es auch als „Stilles Placement“, das keine dramaturgische Bedeutung hat.

Eine besondere Form des *Product Placement* stellt schließlich das *Generic Placement* dar. Hier wird weder das Markenlogo noch der Hersteller des platzierten Produkts genannt, vielmehr wird nur eine bestimmte Produktgattung gezeigt oder genannt.¹²

II. Der europarechtliche Rahmen der Fernsehwerbung

1. Medienpolitik auf Unionsebene

Artikel 151 Abs. 4 EGV stellt das grundlegende Prinzip auf, wonach

„[d]ie Gemeinschaft [...] bei ihrer Tätigkeit aufgrund anderer Bestimmungen des Vertrages den kulturellen Aspekten Rechnung [trägt], insbesondere zur Wahrung und Förderung der Vielfalt ihrer Kulturen.“

Die Gemeinschaftspolitik zur Regulierung der Medieninhalte ist Bestandteil der Binnenmarktpolitik¹³ und wird durch die Grundfreiheiten – freier Warenverkehr einschließlich Zeitungen und Zeitschriften, freier Dienstleistungsverkehr einschließlich Hörfunk- und Fernsehsendungen¹⁴ – bestimmt. Auch Art. II-71 Abs. 2 der EU-Verfassung forderte, die Freiheit der Medien und ihre Pluralität zu achten.

¹¹ Z.B. in einem Dialog in dem Film „Mission Impossible“, in dem es heißt: „[...] meine schöne Bulgari-Kette [...]“.

¹² Dies ist in erster Linie interessant für Marktführer – z.B. denkt bei Nussnougatcreme jeder sofort an Nutella – aber auch für Quasi-Monopolisten und Verbände, da kein bestimmtes Produkt beworben wird.

¹³ Zur Querschnittsklausel siehe *Schwarze*, Medienfreiheit und Medienvielfalt im Europäischen Gemeinschaftsrecht in: *Schwarze/Hesse* (Hrsg.), *Rundfunk und Fernsehen im digitalen Zeitalter*, 2000, S. 87 ff. (118); *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, Stand: April 2005, Teil B 4, Rdnr. 31.

¹⁴ *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, 6. Aufl. 2005, § 15, Rdnr. 9, § 29, Rdnr. 15; EuGH in den Rs. C-155/73, Slg. 1974, 409 (*Sacchi*) und C-52/79, Slg. 1980, 833 (*Debauve*).

Die Europäische Union ist ferner nach Art. 10 EMRK¹⁵ und Art. 11 der Charta der Grundrechte zur Wahrung der Medienvielfalt und zum Schutz des Rechts auf Information sowie der Meinungsfreiheit verpflichtet.

Der ordnungsrechtliche Eckpfeiler der Europäischen Union im Bereich der audiovisuellen Politik ist die auf der Grundlage der Art. 47 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 55 EGV (frühere Art. 57 Abs. 2 und 66 EWG) erlassene Richtlinie des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität – kurz Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ oder Fernsehrichtlinie genannt.¹⁶ Die Richtlinie steckt die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Fernsehveranstalter innerhalb der Europäischen Union ab und gilt (derzeit) für alle Erstsendungen von Fernsehausstrahlungen, die für die Allgemeinheit bestimmt sind, sogenannte „lineare Dienste“. Auch erfasst werden Grenzfälle, deren Einordnung als unter die Fernsehrichtlinie fallende Fernsehsendungen nicht immer leicht ist. Hier ist eine Abgrenzung von unter die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr¹⁷ fallenden individuell abrufbaren Diensten der Informationsgesellschaft erforderlich, wofür der EuGH in seinem Urteil *Mediakabel* die nach der Definition der Fernsehrichtlinie bestehenden Kriterien präzisiert hat.¹⁸ So sind Dienste des Bezahlfernsehens selbst dann als Fernsehsendungen im Sinne der Fernsehrichtlinie zu qualifizieren, wenn sie einer beschränkten Zahl von Abonnenten über einen persönlichen Schlüssel zugänglich sind, sofern diese sich nur auf vom Verbreiter ausgewählte Programme beziehen und zu von diesem festgelegten Zeiten gesendet werden.¹⁹ Der EuGH begründet dies mit dem Argument, dass alle Abonnenten die jeweilige Sendung zum selben Zeitpunkt empfangen. Damit handele es sich um eine für die Allgemeinheit bestimmte Fernsehsendung (Point-to-multipoint-Übertragung) und nicht um einen individuell abrufbaren Dienst (Point-to-point-Übertragung).²⁰ Entscheidend ist der Standpunkt des Erbringers der Dienstleistung.

¹⁵ Anwendbar über Art. 6 Abs. 2 EGV.

¹⁶ ABl. Nr. L 298 v. 17.10.1989, S. 23 in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG des Parlaments und des Rates v. 30.06.1997, ABl. Nr. L 202 v. 30.7.1997, S. 60.

¹⁷ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr), ABl. Nr. L 178 v. 17.7.2000, S. 1; zur Abgrenzung siehe unter II.4.b).

¹⁸ EuGH, Rs. C-89/04, Urteil v. 2.6.2005, Rdnr. 26 ff. (*Mediakabel BV/Commissariaat voor de Media*) abrufbar unter <http://curia.eu.int/>.

¹⁹ In Rede stand das Angebot der niederländischen Firma Mediakabel, die dem Abonnentenkreis eines bestimmten Dienstes gegen Entgelt Zugang zu zusätzlichen Programmen eines als „Filmtime“ bezeichneten Dienstes einräumte (*pay per view*) und diesen Zugang über einen individuellen Schlüssel gewährte, EuGH, Rs. C-89/04, (Fn. 18), Rdnrn. 11, 32 ff.

²⁰ EuGH, Rs. C-89/04, (Fn. 18), Rdnrn. 32 ff. (39, 42).

Die Fernsehrichtlinie hat „technologieneutralen Charakter“, das heißt, ihre Bestimmungen gelten für das analoge wie für das digitale Fernsehen, unabhängig vom Übermittlungsweg und der Übertragungstechnik.

In Art. 2 a Abs. 1 führt die Fernsehrichtlinie das Sendestaatsprinzip ein, wonach sich die Zulässigkeit von Programmen nach dem Recht des Sitzstaats des Veranstalters richtet.²¹ Die Richtlinie sorgt für die gemeinschaftsweite Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in den Bereichen Rechtsprechungskompetenz in Bezug auf Fernsehsendungen, Förderung der Produktion und des Vertriebs europäischer Werke, Zugang der Öffentlichkeit zu Ereignissen von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung, Fernsehwerbung, Teleshopping und Sponsoring sowie dem Schutz Minderjähriger und dem Recht auf Gegendarstellung. Dabei werden Mindeststandards für alle Veranstalter festgelegt, die den Mitgliedstaaten in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie gestatten, für Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, strengere Bestimmungen anzuwenden.

Die Fernsehrichtlinie ist Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes. Dies führte bei der letzten Erweiterungsrunde der Europäischen Union zu einer relativ schnellen Anpassung der Gesetzgebung der neuen Mitgliedstaaten, in denen die Werbung die Haupteinnahmequelle der Medienwirtschaft darstellt.²²

Auch auf internationaler Ebene soll gewährleistet werden, dass die Vorschriften der Fernsehrichtlinie eingehalten werden. Mit dem Ziel, den Entwicklungen auf dem Rundfunkmarkt Rechnung zu tragen, wurde das „Europäische Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen“ des Europarats aus dem Jahre 1989 geändert.²³ Durch die Zusammenarbeit von Kommission und Europarat wird ein Informationsaustausch im Bereich der audiovisuellen Politik von Mitgliedern des Europarats, die keine Mitglieder der Europäischen Union sind, gewährleistet. Die Ratifizierung des Übereinkommens über grenzüberschreitendes Fernsehen erleichtert dabei die Festlegung von Standards im Bereich der Werbung.

²¹ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, (Fn. 13), Teil B 4, Rdnr. 52; *Berger*, Das Werberecht der elektronischen Medien, IRIS plus, 2005-06, S. 2 (5); *Thaenert*, Der Einfluss der EU-Medienpolitik auf die nationale Rundfunkordnung, MMR 2005, S. 279 (280).

²² Studie zur Medienlandschaft und zu staatlichen Maßnahmen der Beitrittsländer im audiovisuellen Sektor der IMCA, S. 19, http://europa.eu.int/comm/avpolicy/stat/2002/5886_imca/59-02-summary-de.pdf (28.11.2005).

²³ Fernsehübereinkommen, abrufbar unter http://www.ulr.de/ULR_Start/Filebase/grenzfernsehen.pdf (6.11.2005), in der durch das Protokoll des Ministerkomitees v. 9.9.1998 geänderten Fassung, in Kraft getreten am 1.3.2002.

2. Bestimmungen der Fernsehrichtlinie zur Fernsehwerbung

Die Fernsehrichtlinie sieht in Kapitel IV Regeln über die Fernsehwerbung, das Teleshopping, das Sponsoring und sämtliche sonstige Formen der kommerziellen Kommunikation im Fernsehen vor. Diese beinhalten einerseits im Interesse der Allgemeinheit einen Mindestschutz für bestimmte Rechtsgüter, wie zum Beispiel den Schutz der Integrität audiovisueller Werke und der Rechteinhaber, oder den Schutz der Zuschauer als Verbraucher. Andererseits wird der Grundsatz der Werbefreiheit im Fernsehen garantiert.

Während Art. 1 unter anderem die Begriffe der „Fernsehwerbung“²⁴ und der „Schleichwerbung“ (siehe im Folgenden unter II.3.) definiert, enthalten die Art. 10 und 11 grundlegende Prinzipien zur Erkennbarkeit und Einfügung von Werbung, welche einen angemessenen Ausgleich dieser Interessen schaffen sollen.

Anzahl und Form der Werbeunterbrechungen sind in Art. 11, Inhalte und die Darstellung der Werbebotschaften in den Art. 10 und 12 bis 16 geregelt, wobei die Art. 13 bis 16 spezifische, zum Teil produktbezogene Werberegungen enthalten.²⁵ Obergrenzen für Fernsehwerbung enthält Art. 18. Spezielle Vorschriften für das Teleshopping sind in Art. 17 geregelt.

3. Art. 10 Fernsehrichtlinie – Form und Darbietung der Fernsehwerbung

Artikel 10 Abs. 1 enthält den Grundsatz, dass Werbung als solche erkennbar und von anderen Programmteilen getrennt sein muss. Gegenstand der Bestimmung ist der Schutz der Verbraucherinteressen, um Verwechslungen von Werbung und Programm zu vermeiden. Diese Mindestvorschrift räumt den Mitgliedstaaten Flexibilität ein, Werbung entweder räumlich – beispielsweise durch Bildschirmteilung – oder zeitlich vom Programm zu trennen.

Artikel 10 Abs. 2 dient hingegen dem Schutz der Rechteinhaber, da der Zusammenhang des Werkes gewahrt bleiben soll. Werbung soll in der Regel nur in Blöcken ausgestrahlt werden, so dass sie vom redaktionellen Inhalt klar zu unterscheiden ist. Der Grundsatz der Erkennbarkeit der Werbung fordert, dass Werbebeiträge eindeutig als solche gekennzeichnet und so vom Rest des Programms

²⁴ Nach Art. 1 Buchstabe c) ist Fernsehwerbung „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die im Fernsehen von einem öffentlich-rechtlichen oder privaten Veranstalter entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern.“

²⁵ Art. 13 für Tabakerzeugnisse, Art. 14 für Arzneimittel, Art. 15 für alkoholische Getränke, Art. 16 regelt den Schutz Minderjähriger.

abgehoben werden, beispielsweise durch Einfügen des Hinweises „Werbung“ oder durch einen speziellen Rahmen.

Nach Art. 10 Abs. 3 ist der Einsatz subliminaler, auch als unterschwellig bezeichneter, Techniken in der Werbung verboten.

Schleichwerbung ist nach Art. 10 Abs. 4 verboten, da sie zur Irreführung der Allgemeinheit führen kann. Artikel 1 Buchstabe d) definiert Schleichwerbung im Sinne der Fernsehrichtlinie als

„die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marke oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Programmen, wenn sie vom Fernsehveranstalter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zwecks dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt.“

Dieser Definition ist zu entnehmen, dass die Richtlinie nicht jede Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Marken oder Namen bestimmter Hersteller von Waren oder Erbringer von Dienstleistungen verbietet. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale müssen kumulativ vorliegen. Die Ausstrahlung einer Sendung muss darüber hinaus zu Werbezwecken erfolgen.

Die Bestimmung dient dem Verbraucherschutz und gilt für alle Formen der Werbung. Schleichwerbung liegt nach der Definition vor, wenn die werbemäßige Präsentation der Waren oder Dienstleistungen gezielt erfolgt und geeignet ist, den Verbraucher hinsichtlich des Charakters dieser Präsentation irrezuführen.

Im Falle der Schleichwerbung wird das in Art. 10 Abs. 1 Fernsehrichtlinie verankerte Prinzip der Trennung von Werbung und Programm sowie der Erkennbarkeit von Werbung, welches das Verbot der Schleichwerbung ergänzt, unterlaufen. Die Grenzziehung zwischen verbotener Schleichwerbung und zulässiger Erwähnung eines Produktes oder einer Marke ist bisweilen nicht eindeutig. Im Falle verbotener Schleichwerbung muss das subjektive Merkmal der Absicht vorliegen, dessen Nachweis in der Praxis oftmals schwierig zu führen ist. Die Europäische Kommission hat daher in ihrer „Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf bestimmte Aspekte der Bestimmungen der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ über die Fernsehwerbung²⁶“ vorgeschlagen, das subjektive Merkmal der Absicht durch das objektive Merkmal der „unzulässigen Hervorhebung“ von Waren, Dienstleistungen, Marken, oder Namen von Wirtschaftsteilnehmern zu ersetzen.²⁷ Die Unzuläs-

²⁶ KOM(2004)1450 v. 23.4.2004, ABl. Nr. C 102 v. 28.4.2004, S. 2, 6.

²⁷ Ähnlich und für eine „Harmonisierung“ des Schleichwerbverbots mit dem Trennungsgebot *Schaar*, Programmintegrierte Fernsehwerbung in Europa, 2001, S. 288.

sigkeit kann sich insbesondere aus dem wiederholten Auftreten der Marken, Waren oder Dienstleistungen oder aus der Art ihrer Hervorhebung ergeben. Der Inhalt des Programms, in das die betreffenden Produkte eingefügt werden sollen – ob es sich um Spielfilme und damit fiktionale Sendungen oder um Informationssendungen und damit non-fiktionale Sendungen handelt – ist dabei zu berücksichtigen.

Der Umstand, dass ein Produkt deutlich hervorgehoben wird, stellt somit einen Anhaltspunkt dafür dar, dass es sich um Schleichwerbung handelt. Ist diese Hervorhebung hingegen durch redaktionelle Erfordernisse des Programms bedingt oder beruht sie auf einer Beeinflussung des Programms zu kommerziellen Zwecken, so handelt es sich um zulässige Produktplatzierungen.

4. Regelungen außerhalb der Fernsehrichtlinie betreffend den audiovisuellen Sektor

a) Regelungen im Gemeinschaftskontext

Die Fernsehrichtlinie wird durch mehrere gemeinschaftsrechtliche Richtlinien ergänzt.

Die Richtlinie 1993/83/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung²⁸ hat zum Ziel, die grenzübergreifende Übertragung von audiovisuellen Programmen durch Satellit und Weiterverbreitung per Kabel zu erleichtern.

Das Verbraucherrecht der Gemeinschaft wird durch die von der Kommission im Jahre 2003 vorgeschlagene technologieneutrale Rahmenrichtlinie über die Anwendung unlauterer Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern ergänzt.²⁹ Die Richtlinie ist anwendbar im Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher und enthält eine Generalklausel des Verbots unlauterer Geschäftspraktiken, welche die unterschiedlichen Generalklauseln und Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten durch ein europaweites Verbot ersetzt. Die Fernsehrichtlinie geht ihr jedoch als speziellere Regelung vor.

Die Finanzierung des Rundfunks ist auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene insbesondere durch die „Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk“³⁰ sowie die

²⁸ ABl. Nr. L 248 v. 6.10.1993, S. 15.

²⁹ Endgültige Fassung v. 10.5.2005: „Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern“, abrufbar unter <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/05/st03/st03616.en05.pdf> (6.11.2005).

„Mitteilung zu bestimmten Rechtsfragen im Zusammenhang mit Kinofilmen und anderen audiovisuellen Werken“³¹ geregelt.

b) Regelungen im Bereich der Werbung

Zu beachten ist, dass die Bestimmungen der Richtlinie über irreführende bzw. vergleichende Werbung ebenfalls anwendbar sind.³² Die Richtlinie ist nicht medien-spezifisch ausgerichtet, sondern erstreckt sich auf alle Werbeformen und stellt objektive Mindestkriterien auf, nach denen beurteilt werden kann, ob eine Werbung irreführend ist. Diese gilt sowohl im Verhältnis von Unternehmer zu Unternehmer, als auch zum Verbraucher.

Die E-Commerce-Richtlinie³³ enthält Vorschriften über den elektronischen Geschäftsverkehr und damit auch für die Werbung. Sie gilt für alle elektronischen Medien, mit Ausnahme des Fernsehens. Das Gemeinschaftsrecht unterscheidet „Fernsehdienste“, die zum Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt sind (Point-to-multipoint-Übertragung) und unter die Fernsehrichtlinie fallen, von „Diensten der Informationsgesellschaft“, die auf individuellen Abruf bereit gestellt werden (Point-to-point-Übertragung) und unter die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr fallen.³⁴ Der Grund für diese Unterscheidung liegt vor allem in der Bedeutung des Fernsehens und der Wirkung von Fernsehsendungen, welche die Meinungsbildung in der Gesellschaft stark beeinflussen.

Eine Schnittstelle zwischen dem Anwendungsbereich der Fernsehrichtlinie und der E-Commerce-Richtlinie stellt die neue Werbeform der interaktiven Werbung dar. Der Eintritt in die interaktive Umgebung erfolgt aus einem linearen Programm heraus, da der Zuschauer auf ein eingeblendetes Zeichen klicken muss. Das Programm wie das Zeichen müssen den Anforderungen der Fernsehrichtlinie genügen, insbesondere dem Trennungsgebot; so kann beispielsweise das Zeichen in einen Werberahmen integriert werden. Der Nutzer muss optisch oder akustisch da-

³⁰ ABL Nr. C 320 v. 15.11.2001, S. 5.

³¹ KOM(2001) 534 endg., ABL Nr. C 43 v. 16.2.2002, S. 6.

³² Richtlinie 84/450/EWG des Rates v. 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABL Nr. L 250 v. 19.9.1984, S. 17, i.d.F. der Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABL Nr. L 290 v. 23.10.1997, S. 18.

³³ Siehe Fn. 17.

³⁴ Teilweise wird im Zuge des Revisionsprozesses der Fernsehrichtlinie eine Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs auf „Fernsehdienste“ befürwortet, um insbesondere die neuen Werbetechniken klar in den Anwendungsbereich der Richtlinie zu stellen, so ARD und ZDF in ihrer Stellungnahme v. 14.7.2003, http://www.europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/review-twtf2003/wc_ard-zdf_de.pdf (6.11.2005).

rauf hingewiesen werden, dass er in eine kommerzielle interaktive Umgebung eintritt.

Auch der „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verkaufsförderung im Binnenmarkt“³⁵ betrifft wesentliche Aspekte kommerzieller Kommunikation. Ziel des Vorschlages ist es, verkaufsfördernde Maßnahmen wie Rabatte, Zugaben, Gewinnspiele oder unentgeltliche Zuwendungen für den Verbraucher transparenter zu machen.³⁶ Darüber hinaus existieren auf europäischer Ebene Werbebeschränkungen für Produkte wie Arzneimittel,³⁷ Tabak³⁸ und Alkohol.³⁹

5. Der Revisionsprozess der Fernsehrichtlinie

Zweck des im Jahre 2003 eingeleiteten Revisionsprozesses ist die Schaffung eines umfassenden, kohärenten Rechtsrahmens zur Stärkung der europäischen audiovisuellen Politik in einem wettbewerbsfördernden und wachstumsorientierten Umfeld.⁴⁰ Dieser soll alle Formen der Bereitstellung audiovisueller Inhalte, auch nicht-lineare Dienste, sowie die neuen Werbetechniken umfassen.

In ihrem „Vierten Bericht“ über die Anwendung der Richtlinie 89/552/EWG „Fernsehen ohne Grenzen“⁴¹ sowie in der „Mitteilung über die Zukunft der euro-

³⁵ Vorschlag der Europäischen Kommission v. 15.1.2002, KOM(2001) 546/2 endg., geänderter Vorschlag v. 25.10.2002, KOM(2002) 585 endg., http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/pdf/2002/com2002_0585de01.pdf (6.11.2005).

³⁶ *Roßnagel/Scheuer*, Das europäische Medienrecht, MMR 2005, S. 271 (275).

³⁷ Richtlinie 2001/83/EG v. 6.11.2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel, ABl. Nr. L 311 v. 28.11.2001, S. 67; die Richtlinie ist medienübergreifend.

³⁸ Richtlinie 2003/33/EG v. 26.5.2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. Nr. L 152 v. 20.6.2003, S. 16; die Richtlinie ist nicht auf Werbung im Fernsehen anwendbar. Sie ist weniger weitreichend als die Vorgängerrichtlinie 98/43, ABl. Nr. L 213 v. 30.7.1998, S. 9, die der EuGH im Verfahren C-376/98, Slg. 2000, I-8419 (*Deutschland/EP und Rat*) für nichtig erklärte; *Bieber/Epiney/Haag*, (Fn. 14), § 31, Rdnr. 45.

³⁹ „Empfehlung zum Alkoholkonsum von jungen Menschen, insbesondere Kindern und Jugendlichen“, Empfehlung 2001/458/EG des EU-Rates v. 5.6.2001, ABl. Nr. L 161 v. 16.6.2001 S. 28.

⁴⁰ Entsprechend dem auf dem Europäischen Gipfel von Lissabon festgelegten langfristigen Ziel, die Union zum wettbewerbsfähigsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu entwickeln, siehe zur Lissabon-Strategie, http://europa.eu.int/growthandjobs/index_de.htm (6.11.2005) sowie KOM(2005)229 endg., „Mitteilung i2010 – Eine europäische Informationsgesellschaft für Wachstum und Beschäftigung“ v. 1.6.2005.

⁴¹ Vierter Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Anwendung der Richtlinie 89/552/EWG, „Fernsehen ohne Grenzen“, KOM(2002) 778 endg. v. 6.1.2003, nicht im ABl. ver-

päischen Regulierungspolitik im audiovisuellen Bereich⁴² stellte die Kommission fest, dass die Fernsehrichtlinie einen stabilen und sicheren Rechtsrahmen für die Fernsehdienste in der Gemeinschaft darstellt.

In einem umfassenden Konsultationsprozess haben sich während der vergangenen Jahre die beteiligten Kreise zu den Diskussions- und Themenpapieren der Kommission und eigens von ihr eingerichteter Schwerpunktgruppen sowie in Auftrag gegebener Studien geäußert.⁴³

Die vor der „Audiovisuellen Konferenz“ in Liverpool⁴⁴ veröffentlichten Positionspapiere der Generaldirektion Informationsgesellschaft und Medien⁴⁵ stellten einen weiteren Schritt auf dem Weg zu dem Entwurf für eine novellierte europäische Richtlinie für Audiovisuelle Dienste dar, der innerhalb der Kommission derzeit abgestimmt wird und – so die Kommissarin für Informationsgesellschaft und Medien *Reding* – voraussichtlich bis Ende des Jahres verabschiedet werden soll.⁴⁶

In ihren Themenpapieren betreffend „Regeln für audiovisuelle Inhaltsdienste“ sowie zur „Kommerziellen Kommunikation“⁴⁷ stellt die Generaldirektion Informa-

öffentlich, abrufbar unter http://www.europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/twf/applica/comm2002_778final_de.pdf (6.11.2005).

⁴² KOM(2003) 784 endg. v. 15.12.2003.

⁴³ Insgesamt gingen über 150 Stellungnahmen bis zum 15.7.2003 bei der Kommission ein, <http://www.europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/review-twff2003/contribution.htm>; die Studie „Outlook of the development of technologies and markets for the European audio-visual sector up to 2010“ von *Arthur Andersen* kann unter http://europa.eu.int/comm/avpolicy/stat/tvoutlook/tvoutlook_finalreport.pdf abgerufen werden, die Positionspapiere der Schwerpunktgruppen sind unter http://www.europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/focus_groups_en.htm abrufbar (alle mit Zugriffsdatum 30.11.2005).

⁴⁴ Vom 20.-22.9.2005, siehe unter <http://www.europa.eu.int/comm/avpolicy/revision-twff2005/2005-conference.htm#1> (6.11.2005).

⁴⁵ Die aktuellen Themenpapiere für die Liverpools Konferenz zur Audiovisuellen Politik sind unter http://www.europa.eu.int/comm/avpolicy/revision-twff2005/consult_de.htm abzurufen (6.11.2005).

⁴⁶ Nachzulesen unter www.tvsf.eu2005.lu (6.11.2005); die zuständige Kommissarin für Informationsgesellschaft und Medien *Reding* in ihrer Rede: „Welche Medienregulierung im Zeitalter der Konvergenz: Mit weniger mehr erreichen?“ (SPEECH/05/) anlässlich eines Seminars zur Fernsehrichtlinie in Luxemburg am 30./31.5.2005. Mit dem in Kraft treten einer novellierten Richtlinie für Audiovisuelle Dienste, die dann in nationales Recht umgesetzt werden müsste, ist nach derzeitiger Berichterstattung in den Medien nicht vor Herbst 2007 zu rechnen, vgl. *Selmayr*, Sprecher der EU-Kommission Brüssel, auf dem Herbstforum Qualität im Journalismus (IQ) in Berlin am 17.10.2005. Der Text des Entwurfes soll voraussichtlich im Dezember 2005 veröffentlicht werden, siehe <http://www.djv.de/downloads/diskussion3-Werbung%20ohne%20Grenzen.pdf> (1.12.2005) sowie epd medien Nr. 89 v. 12.11.2005, http://www.epd.de/medien/medien_index_38221.html (1.12.2005).

⁴⁷ Abrufbar unter http://www.europa.eu.int/comm/avpolicy/revision-twff2005/consult_de.htm (6.11.2005).

tionsgesellschaft und Medien ihr neues Konzept der audiovisuellen Kommunikation vor.

Demnach besteht die Option, die in der Fernsehrichtlinie enthaltenen qualitativen Vorschriften für Fernsehwerbung als technologieneutrale Regelungen künftig auf alle Formen audiovisueller kommerzieller Kommunikation (linear und nicht-linear) auszudehnen.⁴⁸ Unter audiovisueller kommerzieller Kommunikation versteht man jegliche Art kommerzieller Kommunikation im audiovisuellen Bereich: traditionelle Werbung, Werbeslogans von Sponsoren, Teleshopping, Split-Screen-Werbung, interaktive Werbung und auch Produktplatzierungen, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer Organisation oder einer natürlichen Person dienen, die eine Tätigkeit in Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen reglementierten Beruf ausübt.

Damit sind alle Formen der Werbung eingeschlossen, für die ein finanzieller Ausgleich erfolgt. Diese müssten den qualitativen Vorschriften zur Kenntlichmachung, der Achtung der Menschenwürde, des Diskriminierungsverbots, des Jugend- und Gesundheitsschutzes genügen. Quantitative Vorschriften – zur Begrenzung der Werbezeit und zu Werbeunterbrechungen – sind ferner auf bestimmte Kategorien kommerzieller Kommunikation wie Werbespots oder Teleshopping anwendbar.

Nach der Definition des Themenpapiers zur „Kommerziellen Kommunikation“ liegt Schleichwerbung vor, wenn die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marke oder Tätigkeit eines Herstellers von Waren oder Erbringers von Dienstleistungen in Programmen absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zwecks dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann. Neu und von besonderem Interesse für die Zulässigkeit von Produktplatzierungen in Fernsehsendungen bzw. -diensten ist der zweite Satz, wonach eine solche Erwähnung oder Darstellung ausdrücklich nicht als Schleichwerbung gilt, wenn auf ihre Existenz zu Beginn des Programms deutlich hingewiesen wird.⁴⁹ Dies soll nach Aussage der Kommission⁵⁰ auf Sendungen im fiktionalen Bereich beschränkt bleiben, obwohl der Textent-

⁴⁸ In Übereinstimmung mit EuGH, Rs. C-89/04, (Fn. 18); ebenso für diese Lösung: Europäisches Parlament im Perry-Bericht, PE 312.581/DEF, Punkt 10; in der Literatur *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts, 2003, Rdnr. 591 ff.; siehe auch die zuständige Kommissarin für Informationsgesellschaft und Medien *Rading* in ihrer Rede „Better regulation for Europe’s media industry: the Commission’s approach“ (SPEECH/05/532) anlässlich der Audiovisuellen Konferenz in Liverpool, <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/532&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (1.12.2005).

⁴⁹ Auch die Richtlinie über „unlautere Geschäftspraktiken“ geht in diese Richtung, indem sie den Begriff der „rechtmäßigen Produktplatzierung“ verwendet, siehe Erwägungsgrund Nr. 6 der Richtlinie (Fn. 29).

⁵⁰ So EU-Kommissionssprecher *Selmayr* (Fn. 46).

wurf für eine novellierte Richtlinie für Audiovisuelle Dienste laut Medienberichterstattung eine solche Beschränkung nicht enthält.⁵¹ Das Trennungsgebot wäre nach Auffassung der Kommission hier keine zwingende Voraussetzung mehr, Produktplatzierungen zu ermöglichen und gleichzeitig zu kontrollieren, sondern nur eines von mehreren möglichen Mitteln. Eine klare und eindeutige Kennzeichnung von Werbung diene in gleichem Maße dem Schutz des Fernsehzuschauers und sei auch zukünftig unerlässlich.⁵² Diese könne im Vorspann beispielsweise durch Einblendung des Namens oder des Logos des Produkts oder der Marke oder in ähnlicher Weise erfolgen. In Nachrichtensendungen, Sendungen zum politischen Zeitgeschehen sowie Kinderprogrammen und Dokumentarberichten hingegen soll *Product Placement* weiterhin ausgeschlossen bleiben.

III. Schleichwerbung in Deutschland

1. Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags zur Werbung

In Umsetzung der Vorschriften der Fernsehrichtlinie regelt in Deutschland der Rundfunkstaatsvertrag⁵³ die Koexistenz von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk. Die Vorschriften hinsichtlich der Werbung sind, insbesondere im Bereich des öffentlich-rechtlichen Fernsehens, im Vergleich zu anderen europäischen Ländern wie Belgien, Italien, Großbritannien oder Österreich sehr viel strenger. Dauer und Form der Rundfunkwerbung sind ebenfalls geregelt. Als Werbung gilt gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 5

„jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die im Rundfunk von einem öffentlich-rechtlichen oder privaten Veranstalter entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen gegen Entgelt zu fördern.“

Zu unterscheiden ist Werbung im öffentlich-rechtlichen (§§ 11 ff. RStV) und Werbung im privaten Rundfunk (§§ 20 ff. RStV). Im Folgenden werden die jeweiligen Werberegeln überblickartig skizziert.

⁵¹ Siehe epd medien Nr. 89 v. 12.11.2005 (Fn. 46).

⁵² Themenpapier zur Kommerziellen Kommunikation (Fn. 47).

⁵³ Rundfunkstaatsvertrag vom 31.8.1991, zuletzt geändert durch Art. 1 des Achten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge v. 8. bis 15.10.2004, in Kraft getreten am 1.4.2005, GWBl. BW 2005, S. 190, im Folgenden: RStV.

Im öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist Fernsehwerbung nach §§ 15 ff. RStV nur in den Programmen ARD und ZDF zulässig, allerdings nur zu bestimmten Zeiten.⁵⁴ Die Gesamtdauer der Werbung darf im jährlichen Durchschnitt maximal zwanzig Minuten an Werktagen betragen, innerhalb eines einstündigen Zeitraums allerdings maximal 20 Prozent.

Die Unterbrechung laufender Sendungen durch Einblendung von Werbung ist nur in den Pausen von Veranstaltungen oder bei Sendungen, die inklusive Werbung länger als fünfundvierzig Minuten dauern, erlaubt. Nicht unterbrochen werden dürfen Gottesdienste und Sendungen für Kinder.

Im privaten Rundfunk ist Werbung in weitaus größerem Umfang gestattet (§§ 44 ff. RStV). Unterbrecherwerbung ist grundsätzlich erlaubt, sofern zwischen zwei Unterbrechungen innerhalb einer Sendung mindestens zwanzig Minuten liegen. Die Übertragung audiovisueller Werke wie Kinospielefilme und Fernsehfilme mit Ausnahme von Serien, Reihen, Unterhaltungssendungen und Dokumentarfilmen kann für jeden vollen Zeitraum von fünfundvierzig Minuten ein Mal unterbrochen werden, sofern ihre programmierte Sendezeit mehr als fünfundvierzig Minuten beträgt. Eine weitere Unterbrechung ist zulässig, wenn die programmierte Sendedauer um mindestens zwanzig Minuten über zwei oder mehrere volle Fünfundvierzig-Minuten-Zeiträume hinausgeht. Nachrichtensendungen, Sendungen zum politischen Zeitgeschehen, Dokumentarfilme und Sendungen religiösen Inhalts, die eine programmierte Sendezeit von weniger als dreißig Minuten haben, dürfen nicht durch Werbung oder Teleshopping unterbrochen werden. Gottesdienste und Sendungen für Kinder dürfen wie im öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht unterbrochen werden.

Der Anteil an Sendezeit für Werbespots darf 15 Prozent der täglichen Sendezeit nicht überschreiten. Innerhalb einer Stunde darf der Anteil der Sendezeit für Werbespots und Teleshopping-Spots 20 Prozent nicht übersteigen.

Die Werberegeln haben eine doppelte Schutzrichtung. Neben dem Schutz des Fernsehzuschauers als Verbraucher steht auch das objektiv-rechtliche Schutzinteresse der Integrität der Rundfunkprogramme im Vordergrund.⁵⁵ Die Durchsetzung des Programms mit Werbung könnte eine unverhältnismäßige Einflussnahme der Wirtschaft auf Programminhalte darstellen, wodurch wiederum das Konsumverhalten des Zuschauers beeinflusst wird. Auch eine indirekte Beeinflussung redaktioneller Inhalte durch Werbung soll unterbunden werden.

Daneben soll der Zuschauer vor Irreführung geschützt werden, insbesondere durch Formen des *Product Placement*, die einen Werbeeffect gerade durch eine relativ

⁵⁴ Ausführlich hierzu siehe *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, (Fn. 13), Teil B 5, § 16 (Amtliche Begründung).

⁵⁵ *Fechner*, Medienrecht, 5. Aufl. 2004, Rdnr. 927.

unaufdringliche, in den Inhalt integrierte Präsentation von Waren oder Dienstleistungen erreichen kann. Der Schutz soll durch eine transparente Handhabung der Ausstrahlung von Werbung erreicht werden.

2. Schleichwerbung als verdeckte Platzierung von Werbung

Product Placement kann in Form der verdeckten Platzierung von Werbung in den Massenmedien betrieben werden. Diese ist unter bestimmten Voraussetzungen als verbotene Schleichwerbung zu qualifizieren. Die Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrags hierfür sind weitgehend eindeutig. Laut § 7 Abs. 6 Satz 1 RStV ist Schleichwerbung in Deutschland unzulässig. Als solche gilt nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 RStV

„die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Programmen, wenn sie vom Veranstalter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zwecks dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als zu Werbezwecken beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt.“

Die Platzierung von Produkten kann auf unterschiedliche Art und Weise erfolgen. Die häufigste Form ist die visuelle Präsentation. So waren in den neunziger Jahren in der WDR-Fernsehserie „Lindenstraße“ Brother-Schreibmaschinen, Miele-Waschmaschinen, Dash-Waschpulver und Badischer Wein sowie Nesquick-Kakao und Becel-Margarine zu sehen.

Problematisch ist meist der Nachweis des subjektiven Merkmals der Werbeabsicht im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 6 RStV. Satz 2 dieser Bestimmung enthält die Vermutung, dass es sich in der Regel dann um unzulässige Schleichwerbung handelt, wenn die werbewirksame Darstellung des Produkts gegen ein Entgelt erfolgt. Ein Verstoß gegen das Schleichwerbeverbot liegt ferner nahe, wenn eine vertragliche oder sonstige Verpflichtung für die Einblendung von Produkten oder Werbeemblemen übernommen wurde oder ein Werk bereits in der Entstehungsphase bewusst auf die Einbringung von Produkten oder Dienstleistungen hin geschrieben wurde. Ein weiteres Indiz liegt vor, wenn Übertragungsrechte von Veranstaltungen erkennbar verbilligt werden, wenn Produktplatzierungen eingebaut wurden oder auch wenn gezielt im Zusammenhang mit der Übertragung Produktplatzierungen vorgenommen wurden.⁵⁶

Im Sommer 2005 war das Thema Schleichwerbung in der deutschen Fernsehlandschaft erneut aktuell. Die Berichterstattung in den Medien zeigte, dass über

⁵⁶ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, (Fn. 13), Teil B 5, § 7, Rdnr. 48.

die Definition von Schleichwerbung gestritten werden kann, insbesondere über die Frage der Abgrenzung von sogenannter verbotener „Schmuggelwerbung“ zu journalistisch-künstlerischer und damit zulässiger Erwähnung von Produkten.⁵⁷

Ausgangspunkt waren die Nachforschungen eines Journalisten und Medienkritikers, der in der Vorabendserie „Marienhof“ zahlreiche Fälle verbotener Schleichwerbung aufgedeckt und damit den Anstoß zu umfangreichen Nachforschungen gegeben hat.⁵⁸ Im Mittelpunkt stand die Produktionsfirma Bavaria, die im Auftrag der ARD die Serie produziert und schon Mitte der neunziger Jahre einer kommerziellen Vermittlungsagentur erlaubt haben soll, gegen Honorar verdeckte Werbung von Industrie- und Interessenverbänden zu akquirieren.⁵⁹ Sowohl versteckte Werbung für Produkte und Dienstleistungen⁶⁰ wie auch für Themen⁶¹ konnte aufgedeckt werden.

Weiterhin waren mehrere Folgen des Tatorts von WDR⁶², SWR⁶³ und SR⁶⁴ betroffen. Teilweise waren Werbedialoge so geschickt in das Geschehen integriert, dass der Zuschauer sie nur schwer als Schleichwerbung hätte identifizieren können. Ebenso wurden in dem am 7. August 2005 gesendeten „Tatort“, einer Gemeinschaftsproduktion von ARD und ORF, für die deutsche Ausstrahlung kurzfristig

⁵⁷ Steinert/Meyer zu *Altenschildesche*, unter http://www.pleon.de/Schleichender_Verlust_der_Unabhaengigkeit.1154.0.html abrufbar (1.12.2005).

⁵⁸ Der Leitende Redakteur des Fachdienstes epd medien, *Lilienthal*, recherchierte jahrelange zum Teil verdeckt. Ein Prozess hinderte ihn bis 20.1.2005, seine Recherchen offenzulegen; siehe OLG München, Az 6 U 3236/04, ZUM 2005, S. 399-406. Auch die ARD-Serie „In aller Freundschaft“ soll betroffen gewesen sein. Insgesamt war von 117 Fällen von Schleichwerbung die Rede, wofür an die Bavaria 1,467 Millionen Euro flossen, siehe FAZ v. 15.7.2005, Nr. 162, S. 36.

⁵⁹ Zehn *Placements* im „Marienhof“ sollen 175.000 Euro gekostet haben, siehe Norddeutscher Rundfunk unter http://www3.ndr.de/ndrtv_pages_std/0,3147,OID1457432,00.html (1.12.2005); FAZ v. 2.6.2005, Nr. 125, S. 40.

⁶⁰ Unter anderem waren Reisebürokulissen zu sehen, die der Firma L'Tur ähnelten, das Sparkassenlogo oder verbotene Pharmawerbung sowie Werbung für Teppichbodenhersteller. Die FAZ berichtet von einer „Cross-Promotion“ im „Marienhof“, was dazu führte, dass wochenlang die Deutsche Tourenwagen Meisterschaft zu sehen war, FAZ v. 19.7.2005, Nr. 165, S. 37.

⁶¹ Der EU-Beitritt der Türkei war Thema einer Folge v. 23.4.2004 (Fn. 8).

⁶² So soll seit 1998 die gemeinsam mit der Bavaria Film betriebene Tochtergesellschaft Colonia Media des WDR 215.000 Euro für Produktplatzierungen (Red Bull, Telekom und eine Biersorte) in fünf Folgen der Schimanski-Reihe erhalten haben, FAZ v. 4.8.2005, Nr. 179, Seite 36.

⁶³ Die SWR-Tochter Maran-Film soll in ihrer Tatort-Ausstrahlung v. 24.7.2005 „Bienzle und der Sizilianer“ mehrere Themenplacements für 21.750 Euro integriert haben; ganze Bildfolgen und Dialoge mussten neu geschnitten werden, um sie von *Placements* zu befreien, FAZ v. 23.7.2007, Nr. 169, S. 45.

⁶⁴ FAZ v. 7.9.2005, Nr. 208, S. 36, wonach die Telefilm Saar in einem vom SR produzierten Tatort das Schmerzmittel Thomapyrin sowie die Firma Autoteile Unger platzierte; siehe auch epd medien Nr. 68 v. 31.8.2005, http://www.epd.de/medien/medien_index_36913.html (1.12.2005).

Stellen entfernt, die hierzulande verbotene Themenplatzierungen enthielten. In Österreich hingegen behandelt man derartige Fälle von *Product Placement* sehr viel liberaler.⁶⁵ *Product Placement* ist dort in fiktionalen Sendungen zulässig, wenn darauf hingewiesen wird, und die Produkte nicht ohne Bezug zur Handlung übermäßig herausgestellt werden.

Im Kreuzfeuer der Kritik stand ferner die Sendung „Star-Leichtathletik mit Jörg Pilawa“, die am 30. Juli 2005 gesendet wurde, da die Mitwirkenden offenbar verpflichtet wurden, Nike-Sportkleidung zu tragen und man zweifelhafte Kooperationen mit Drittfirmen vermutete.⁶⁶

Im Hessischen Rundfunk wurde die Kochsendung „Gutes aus Hessen“ auf Schleichwerbung untersucht. Das Vorliegen von Schleichwerbung wurde in diesem Fall verneint, da die Marketinggesellschaft offizieller Titelsponsor der Sendung ist und im Vor- und Abspann genannt wird.⁶⁷

Das ZDF überprüfte die Show „Ricks Wohnwelten“, bei welcher der Vorwurf fragwürdiger Werbekooperationen dadurch aufkam, dass Einrichtungsgegenstände derselben Anbieter auffallend oft präsentiert wurden⁶⁸ und nur kurze Zeit, nachdem sich die Wogen um den deutschen Schleichwerbeskandal wieder geglättet hatten, sah sich der Fernsehsender erneut mit dem Vorwurf der Schleichwerbung konfrontiert. Anlass war ein auffällig langer Bericht über ein Gewinnspiel der Firma Haribo in der Vorabendsendung „Hallo Deutschland.“⁶⁹

Zahlreiche ältere Filme wurden und werden derzeit vor einer erneuten Ausstrahlung auf unerlaubte Produktplatzierung überprüft.⁷⁰ Auch bei anderen öffentlich-

⁶⁵ So der ORF-Direktor *Wrabetz* zur Schleichwerbedebatte in Deutschland, abrufbar unter epd medien Nr. 68 v. 31.8.2005 unter http://www.epd.de/medien/medien_index_36914.html. (1.12.2005).

⁶⁶ Produzent war die Firma First Entertainment, zum Vorwurf siehe unter anderem Die Welt v. 25.7.2005, abrufbar unter <http://www.welt.de/data/2005/07/25/750315.html> (1.12.2005).

⁶⁷ Als problematisch erschien jedoch die Nennung und damit Einbindung von Partnerbetrieben der Qualitätsmarke (lokale Bäcker, Metzger etc.) in die Sendung (Fn. 9).

⁶⁸ Siehe unter anderem Die Welt v. 25.7.2005 (Fn. 65).

⁶⁹ Abrufbar unter <http://www.quotenmeter.de/index.php?newsid=11545> (1.12.2005).

⁷⁰ Ins Visier geraten sind vor allem Filme der Produktionsfirma Colonia Media – einer vom WDR und der Bavaria gemeinsam betriebenen Tochtergesellschaft – die an den WDR geliefert wurden. Nach WDR-Aussagen liegen derzeit Filme im Produktionswert von 75 Millionen Euro auf Eis und sind für die Ausstrahlung gesperrt, zurückgehend bis ins Jahr 1994 wird überprüft, <http://www.wdr.de/themen/kultur/rundfunk/wdr/tatort/050720.jhtml?> (1.12.2005) sowie Kölner Stadtanzeiger <http://www.ksta.de/artikel.jsp?id=1121836708781> (30.11.2005).

rechtlichen und privaten Sendern werden Beiträge auf mögliche unerlaubte Botschaften kontrolliert.⁷¹

3. Schleichwerbung als direkte auffällige Verwendung bekannter Produkte

Nicht nur die nicht erkennbare Werbung stellt eine Form des *Product Placement* dar. Auch die direkte, auffällige Verwendung bekannter Produkte als Requisiten fällt unter bestimmten Voraussetzungen unter das Verbot der Schleichwerbung. Zwar erkennt der Zuschauer, dass im konkreten Fall Markennamen und Werbesymbole erscheinen, er kann jedoch nicht erkennen, ob es sich um die zwangsläufige Nebenfolge einer ausschließlich aus dramaturgischen Zwecken erfolgenden Einblendung handelt, oder ob die „dramaturgische Notwendigkeit“ erst durch eine erhebliche Geldzahlung entstanden ist. Eine Irreführung des Verbrauchers kann demnach auch bei offenkundigem Einsatz von Markenartikeln vorliegen. Erst das Wissen des Zuschauers, dass es sich um bezahlte Werbung handelt, lässt den Vorwurf der Täuschung entfallen.

Auch hier ist wie beim Vorliegen verdeckter Platzierung von Werbung eine Grenzziehung erforderlich zwischen zulässigem *Product Placement*, das den rundfunk- und wettbewerbsrechtlichen Vorschriften genügt, und verbotener Schleichwerbung, die diese verletzt.

Un erlaubt ist die Einflussnahme auf Handlungsstränge und Dialoge gegen die Zur-Verfügung-Stellung von Ausstattung und Requisiten. Für das Verbot der Schleichwerbung ist es unerheblich, ob das *Product Placement* vom Fernsehveranstalter oder von einem Dritten zu Werbezwecken vorgenommen wurde. Die deutsche Rechtsprechung ist in diesem Punkt eher restriktiv.⁷² Auch der sogenannte Medienverbund, bei dem in einer Sendung Begleitmaterial angeboten wird, verstößt gegen das Verbot der Schleichwerbung, wenn für das Fernsehpublikum nicht erkennbar ist, dass der Fernsehveranstalter oder ein an der Sendung beteiligter Dritter ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erhalten hat.⁷³

⁷¹ RBB, „Polizeiruf 110“; für die privaten Sender siehe u.a. Handelsblatt, Artikel v. 2.9.2005, abzurufen unter <http://handelsblatt.de/pshb/fn/rehbi/sfn/buildhbi/cn/GoArt!200012,201197,953230/SH/0/depot/0/> (29.11.2005).

⁷² Siehe hierzu *Abrens*, Redaktionelle Werbung – Korruption oder Journalismus, GRUR 1995, S. 307 (314).

⁷³ Ein spektakulärer Fall ist der vom BGH entschiedene Fall *Wer erschoss Boro?*, ein ZDF-Krimi-Fernsehspiel, bei dem die Werbung für ein Begleitbuch, welches das ZDF mit einem Verlagsunternehmen herausgeben wollte und das die Auflösung einer prämierten Frage nach dem Fernseh-mörder erleichtern sollte, sowohl vor als auch nach dem ersten Teil und in den Programmhinweisen erfolgte. Der BGH sah hierin einen Verstoß gegen das Trennungsgebot, BGH, Urteil v. 22.2.1990, GRUR 1990, S. 611 ff.

Dient die Produktplatzierung jedoch der Darstellung der realen Umwelt, ohne dass eine unzulässige Hervorhebung vorliegt, so ist kein Verstoß gegen das Verbot der Schleichwerbung gegeben, auch wenn die Einblendung dazu führt, dass der Produktname in das Gedächtnis des Zuschauers zurückgerufen wird bzw. sich eine Marke leichter einprägt.

4. Regelungen außerhalb des RStV betreffend die Werbung – wettbewerbsrechtliche Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Zum einen setzen die bereits erwähnten rundfunkrechtlichen Vorschriften der Werbung Grenzen, allen voran der Rundfunkstaatsvertrag und die landesrechtlichen Rundfunkgesetze. Diese werden ergänzt durch die bundesrechtlichen Vorschriften des Wettbewerbsrechts.⁷⁴

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁷⁵ dient mit seinen Generalklauseln in §§ 1 (alter Fassung) und 3 (neuer Fassung) UWG auch der wettbewerbsrechtlichen Erweiterung der Sanktionen bei Verstößen gegen landesrundfunkrechtliche Vorschriften. Unlautere Wettbewerbshandlungen im Sinne von § 3 UWG kommen insbesondere in Betracht bei der Verletzung medienrechtlicher Grundsätze, vornehmlich im Rundfunkstaatsvertrag, aber auch bei Irreführung der Verbraucher bzw. ihrer übermäßig unsachlichen Beeinflussung. Die Neufassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 enthält neben der Generalklausel, die weiterhin in § 3 enthaltenes Kernstück ist, in § 4 einen nicht abschließenden Katalog von Beispielsfällen, der einerseits die seit langem in ständiger Rechtsprechung gefestigten Fallgruppen aufnimmt, andererseits aktuelle Probleme aufgreift.

Ausdrücklich verboten ist nach §§ 3, 4 Nr. 3 UWG die Schleichwerbung, wobei eine Kontrolle nach diesen Normen bereits eröffnet ist, wenn ein Produkt auffällig oft und ohne dramaturgische Veranlassung eingeblendet wird.⁷⁶ Besonders gravierende Irreführungen drohen durch *Product Placement* in Sendungen mit erhöhtem Informationsgehalt, wie Ratgebersendungen oder Gesundheitsmagazinen, wo der Fernsehzuschauer ganz besonders darauf vertraut, dass derlei Sendungen objektiv und neutral, das heißt sachlich gehalten sind. Die Ausnutzung dieses Vertrauens für Werbezwecke ist daher wettbewerbswidrig.

⁷⁴ Fechner, (Fn. 55), Rdnr. 490.

⁷⁵ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 3.7.2004, BGBl. I, Nr. 32 v. 7.7.2004, S. 1414, im Folgenden: UWG.

⁷⁶ Köhler/Bornkamm, Kurzkommentar zum Wettbewerbsrecht, 23. Aufl. 2004, § 4 Nr. 3, Rdnr. 3.44.

5. Rundfunkrechtliche Grundsätze und deren Ziel und Zweck

a) Das Kennzeichnungsgebot nach § 7 Abs. 3 Satz 1 RStV

Gewissermaßen als Pendant zum Schleichwerbeverbot sieht der Rundfunkstaatsvertrag in § 7 Abs. 3 Satz 1 ein Kennzeichnungsgebot vor, demzufolge Werbung als solche zu kennzeichnen ist. *Product Placement*, das nicht ohne weiteres als Werbung zu erkennen ist, verstößt gegen das Kennzeichnungsgebot. Für die Übertragung von Sportveranstaltungen gilt, dass zwar üblicherweise die Banden- oder Streckenwerbung nicht besonders als Werbung gekennzeichnet ist. Da die Form der Werbung jedoch schon von sich aus ohne weiteres als Werbung zu erkennen ist, greift dieses Gebot hier nicht ein.⁷⁷

b) Das Verbot unterschwelliger Techniken nach § 7 Abs. 3 Satz 3 RStV

Das Verbot subliminaler oder unterschwelliger Techniken ist in § 7 Abs. 3 Satz 3 RStV verankert. Diese sind gekennzeichnet durch kurze, Bruchteile von Sekunden dauernde Einblendungen, die der Zuschauer optisch registriert. Umstritten ist hingegen, ob er solche Einblendungen nachweislich bewusst wahrnimmt.⁷⁸ Der Zuschauer muss jedoch erkennen können, dass überhaupt eine Werbemaßnahme vorliegt. Werden beispielsweise Produkte zielgerichtet in einen Film eingebaut, in der Absicht, den Absatz des Herstellers zu fördern, so liegt nicht nur ein Verstoß gegen rundfunkrechtliche Bestimmungen vor, darüber hinaus greift die Rechtsprechung des BGH zur getarnten Wirtschaftswerbung,⁷⁹ welche wettbewerbsrechtliche Sanktionen nach dem UWG eröffnet.

c) Das Trennungsgebot nach § 7 Abs. 3 Satz 2 RStV

Das Trennungsgebot, das seine positiv-rechtliche Verankerung in Art. 10 der Fernsehrichtlinie wie auch in Art. 13 des Europäischen Übereinkommens über grenzüberschreitendes Fernsehen des Europarats findet, ist im Rundfunkstaatsvertrag in § 7 Abs. 3 Satz 2 RStV enthalten. Das Gebot der Trennung von Werbung und Programm rechtfertigt sich im wesentlichen aus zwei Gründen: Zum einen soll der Medienrezipient vor Irreführung über den Zweck werbewirksamer Darstellungen, die mit dem Programm verknüpft werden, geschützt werden. Zum anderen sollen

⁷⁷ Siehe weitere Ausführungen zu diesem Punkt unter III.6.b).

⁷⁸ Beispiel ist die sehr kurze Einblendung von Produkten wie Eis oder Popcorn in Kinofilmen mit dem Ziel in der Kinopause der Umsatz zu steigern; die Effizienz dieser Werbetechniken ist jedoch umstritten, siehe *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, (Fn. 13), Teil B 5, § 7, Rdnr. 31.

⁷⁹ BGH, GRUR 1990, 611 (*Boro*); *Baumbach/Hefermehl*, Kurzkommentar zum Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, § 1, Rdnrn. 34, 35.

die Sendeanstalten vor einer Programmbeeinflussung durch die Werbeveranstalter geschützt werden.⁸⁰

Das Trennungsgebot wendet sich nicht nur gegen die direkte Anpreisung von Produkten im Programm, sondern auch gegen die unnötig lange Einblendung eines Markenartikels, zum Beispiel in Informations- und Unterhaltungssendungen. Erfasst wird auch die Verknüpfung des Programms mit vorausgehenden oder nachfolgenden Werbehinweisen in der An- und Abmoderation, die sich unmittelbar auf das Programm beziehen.⁸¹ Dadurch soll die Unabhängigkeit der Redaktionen der Sendeanstalten sowie ihre Neutralität im Wettbewerb gesichert werden. Anders hingegen ist der Fall gelagert, wenn die Hinweise im Programm ausschließlich redaktionellen Zwecken dienen. Zwar sind auch diese geeignet, den Absatz zu fördern; Zweck der Hinweise ist aber nicht die Absatzförderung, sondern die natürliche und damit nicht willkürliche Ergänzung der Sendung.

6. Einschränkungen rundfunkrechtlicher Grundsätze

a) Die grundgesetzlich garantierte Kunstfreiheit

Die stärkste Einschränkung erfährt das Trennungsgebot durch die in Artikel 5 Abs. 3 Grundgesetz garantierte Kunstfreiheit. Der heutzutage gängige Einsatz von Produkten bestimmter Markenfirmen in Fernsehsendungen ist teilweise nicht nur unvermeidbar, wenn die Realität wiedergegeben werden soll, sondern kann auch als Stilmittel eingesetzt werden, um eine bestimmte Atmosphäre wiederzugeben. Der Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch die Möglichkeit, das Ergebnis künstlerischer Tätigkeit mittels Fernsehausstrahlung wahrnehmbar zu machen.⁸² Das BVerfG stellte fest, dass die Kunstfreiheit nicht nur im Werkbereich des künstlerischen Schaffens selbst, sondern auch im Wirkbereich, in dem der Öffentlichkeit Zugang zum Kunstwerk geschaffen wird, schrankenlos gewährt wird, und die Rundfunkfreiheit bei Fernsehausstrahlungen der Kunstfreiheit nicht vorrangig ist.⁸³

Der rundfunkrechtliche Trennungsgrundsatz von Werbung und Programm stellt einen Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit dar, da er die Einbindung bestimmter künstlerischer Betätigungen im Bereich der Werbung in eine Sendung als unzulässige Werbung verbietet. Die Beschränkung der nach dem Grundgesetz vorbehaltlos gewährten Kunstfreiheit durch das Trennungsgebot ist mithin nur

⁸⁰ Ladeur, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2003, § 7, Rdnr. 35.

⁸¹ So der BGH im bereits erwähnten Fall *Wer erschoss Boro?* (Fn. 73).

⁸² Busch, Restriktion des rundfunkrechtlichen Trennungsgrundsatzes im Unterhaltungsbereich? MMR 2003, S. 714 (717).

⁸³ BVerfGE 77, S. 240 (254); BVerfGE 30, 173 (188, 189).

dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn entgegenstehende Grundrechte oder mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter eingeschränkt werden.⁸⁴ Zudem dient der Trennungsgrundsatz dem Schutz des Rundfunks vor sachfremder Beeinflussung durch Dritte.⁸⁵

Außerhalb der Werberegeln des Rundfunkstaatsvertrages und der wettbewerbsrechtlichen Regelungen liegen Darstellungen, mit denen weder der Fernsehveranstalter noch ein anderer an der Sendung Beteiligter noch irgendein Dritter einen Werbezweck verbindet, auch wenn sie werbewirksame Einblendungen darstellen. So ist es unvermeidbar, dass ein Kriminalkommissar irgendeinen Wagen fährt, dessen Marke dem Zuschauer bei Verfolgungsszenen oder gelegentlich der Ankunft am Tatort erkennbar ist. Das allgemeine Gebot der Trennung von Werbung und Programm verlangt nicht, das Gefährt des Kommissars zu anonymisieren. Diese Darstellungen fallen nicht unter den rundfunkrechtlichen Begriff der Werbung, da ihnen die Absicht der Absatzförderung fehlt.

Ein weiteres Beispiel ist die bereits erwähnte Bandenwerbung, Trikotwerbung und ähnliches bei Sportübertragungen. Diese fällt nicht unter das Schleichwerbeverbot, da der Werbezweck unmissverständlich ist und eine Irreführung der Allgemeinheit über den Werbezweck ausscheidet. Die Anwendung des Grundsatzes der Trennung von Werbung und Programm darf nicht zu einer Beschneidung von Übertragungen führen. Dies stünde im Widerspruch zum Recht der Sendeanstalten, von der realen Umwelt ein umfassendes Bild zu vermitteln, wozu die öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten sogar nach dem ihnen gemäß § 11 RStV obliegenden Programmauftrag verpflichtet sind.⁸⁶ Es würde dem Zuschauerinteresse massiv widersprechen, wenn die Sendeanstalten auf die Übertragung aller werbewirksamer Darstellungen zu verzichten hätten, mit denen irgendjemand Werbezwecke verfolgt.

Das auftretende Spannungsverhältnis zwischen dem Trennungsgebot einerseits und dem Recht der Sendeanstalten auf eine umfassende Wiedergabe der realen Umwelt bzw. der Kunstfreiheit andererseits ist deshalb durch Interessenabwägung aufzulösen.⁸⁷

⁸⁴ Anggeführt wurde beispielsweise das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in der BGH-Entscheidung *Feuer, Eis & Dynamit I*, BGH, GRUR 1995, S. 744 (748, 749), die unter Punkt unter III.7.a) ausführlicher dargestellt wird.

⁸⁵ BGH, GRUR 1990, S. 611 (615), (*Boro*).

⁸⁶ Siehe auch die ARD-Richtlinien gemäß § 11 RStV v. 30.3.2004, „Grundsätze für die Zusammenarbeit im ARD-Gemeinschaftsprogramm „Erstes Deutsches Fernsehen“ und anderen Gemeinschaftsprogrammen und -angeboten“, http://livelx.ard.de/intern/download/ard_richtlinien_20040330.pdf (1.12.2005).

⁸⁷ *Ladeur*, (Fn. 80), § 7, Rdnrn. 69, 70.

b) Interessenabwägung

Für die Vornahme der Interessenabwägung ist der Zweck des Trennungsgebots zu berücksichtigen. Das Publikum soll vor Irreführung über den Werbecharakter einer Sendung geschützt und es soll der naheliegenden Gefahr entgegen gewirkt werden, dass den Inhalt der Sendung nicht mehr journalistische oder künstlerische Überlegungen bestimmen, sondern die Absicht der Maximierung von Werbeeinweisen und damit verbundenen Werbeeinnahmen.

Das Trennungsgebot schützt den Rundfunk ferner vor sachfremder Beeinflussung durch Dritte. Zu beachten ist nach dem BGH bei der Abwägung, dass die Rundfunkfreiheit nicht durch ein zu weites Verständnis des Trennungsgebots beeinträchtigt und die Erfüllung des Programmauftrags nicht über Gebühr eingeschränkt werden darf.⁸⁸ Das Spannungsverhältnis zwischen Trennungsgebot und umfassendem Programmauftrag ist dahingehend aufzulösen, dass die Geltung des Trennungsgebots nur so weit relativiert werden darf, wie es zur Erfüllung des Programmauftrags erforderlich ist.⁸⁹

Ob werbewirksame Darstellungen in Informations- und Unterhaltungssendungen dramaturgisch geboten sind oder nicht, ist im Einzelfall nicht immer leicht zu entscheiden. Schon der Begriff der „unnötig langen Einblendung“ ist unbestimmt, ebenso wie das Recht der Kunstfreiheit, wonach es dem Produzenten weitgehend freigestellt ist, was und wie er etwas darstellen will. Die Feststellung eines Verstoßes gegen das Trennungsgebot wird daher vom Vorliegen eines Indizes abhängig gemacht: Wird von Unternehmen oder Agenturen ein Entgelt oder ein anderer vermögenswerter Vorteil dafür geboten, dass ein bestimmtes Produkt in einer Sendung werbewirksam erscheint, so verstößt dies gegen das Trennungsgebot. Die Bezahlung einer werbewirksamen Platzierung von Produkten spricht gegen eine ausgewogene Abwägung des umfassenden Programmauftrags und seinen Freiheiten auf der einen und dem Trennungsgebot auf der anderen Seite. Es besteht die Gefahr, dass eine werbewirksame Darstellung dann eher für dramaturgisch notwendig erklärt wird, als wenn dies unbeeinflusst von Vergünstigungen erfolgt.⁹⁰

Ein Verstoß gegen das Trennungsgebot aufgrund unzulässiger Beeinflussung ist auch anzunehmen, wenn die Sendeanstalt oder eine an der Sendung mitwirkende Person die vertragliche Verpflichtung übernommen hat, bestimmte Produkte oder Handelsnamen bzw. Dienstleistungsmarken werbewirksam zu platzieren.

Bei der Verwendung kostenlos verliehener Requisiten hingegen ist prima facie kein Verstoß gegen das Gebot der Trennung von Werbung und Programm anzuneh-

⁸⁸ BGH, GRUR 1990, S. 611 (615), (*Boro*).

⁸⁹ *Bosman*, Rundfunkrechtliche Aspekte der Trennung von Werbung und Programm, ZUM 1990, S. 545 (551); *Abrens*, (Fn. 72), S. 314.

⁹⁰ Das Entgeltkriterium ist beispielsweise in § 2 Abs. 2 Nr. 6 Satz 2 RStV enthalten.

men, selbst wenn nicht zu bestreiten ist, dass von der Verwendung bestimmter Requisiten (wie z.B. ein bestimmtes Auto) werbende Wirkung ausgeht. Dies ist allerdings nur der Fall, wenn kein Grund zur Annahme besteht, dass Produkte nur um der kostenlosen Ausleihe willen in die Sendung mit aufgenommen werden, sie aber an sich dramaturgisch nicht notwendig sind.

Liegt hingegen eine Täuschung des Zuschauers darüber vor, dass die Ausgestaltung einer Szene auch der Werbung eines bestimmten Produkts dient, verstößt die Produktplatzierung gegen die wettbewerbsrechtliche Generalklausel des § 3 UWG, wenn die Werbung vermeidbar ist. Ebenso mag es zu beurteilen sein, wenn Requisiten nicht nur kostenlos verliehen, sondern ohne Rückgabepflicht Personen überlassen werden, die an der Produktion der Sendung beteiligt sind.

7. Gesonderte Regeln für Kinofilme und Fremdproduktionen

a) Kinofilme

Für die Werbung im Bereich eines weiteren großen Medienbereichs – dem Kinofilm – fehlten lange Zeit Spezialregelungen.⁹¹ Daraus wurde teilweise der Schluss gezogen, dass der Werbung im Kinofilm keinerlei Grenzen gesetzt seien, zumal lange Zeit niemand Anstoß an der Verwendung bezahlter Requisiten nahm. Dies änderte sich Ende der achtziger Jahre, als der Film „Feuer, Eis & Dynamit“ in die Kinos kam.⁹² Gegenstand zweier vorinstanzlicher Unterlassungsklagen von kinowerbetreibenden Firmen war, jede Art von Werbung in Kinofilmen zu verbieten und diese ausschließlich auf die Werbung außerhalb des Films, die sogenannte Blockwerbung, zu beschränken. Der BGH hat in zwei Grundsatzurteilen aus dem Jahre 1995 zur Frage Stellung genommen, unter welchen Voraussetzungen die Präsentation von Markenartikeln im Kinospielefilm unlauter ist.⁹³ Demnach verstößt es gegen die wettbewerbsrechtliche Generalklausel des § 1 UWG (alte Fassung),

„dem Publikum im Rahmen regulärer Vorstellungen in Filmtheatern Spielfilme zugänglich zu machen, wenn diese Werbung für Dritte gegen ein Ent-

⁹¹ Siehe jetzt die Mitteilungen der Europäischen Kommission zu bestimmten Rechtsfragen im Zusammenhang mit Kinofilmen und anderen audiovisuellen Werken (Fn. 31).

⁹² In dem Film, der von den im Jahre 1990 aufgeführten deutschen Produktionen die zweiterfolgreichste war, geht es um einen „Megathon“ genannten Wettbewerb, bei dem Gläubiger eines Millionärs, die allesamt Markenartikelunternehmer sind, sich einen Wettstreit mit den Kindern des Millionärs um dessen Erbe liefern. In die Handlung des Films sind eine Vielzahl bekannter Produkte und Werbesymbole direkt eingebaut, wodurch Platz für zahlreiche werbewirksame Einblendungen geschaffen wurde; nach der Begriffsbestimmung des Herstellers Willy Bogner ein „neuartiges, umfangreiches Kommunikationspaket“.

⁹³ BGH, GRUR 1995, S. 744 (747, 750), (*Feuer, Eis & Dynamit I und II*), basierend auf dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

gelt enthalten, das über das bloße (unentgeltliche) zur Verfügung stellen von Requisiten für den Film hinausgeht, und wenn auf diesen Umstand nicht vor der Aufführung – spätestens im sogenannten Vorspann des Films – hingewiesen wird.“⁹⁴

Diese Pflicht zur Aufklärung des Zuschauers ergibt sich aus dem allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Verbot der getarnten Werbung, das im Unterscheid zum rundfunkrechtlichen Gebot der Trennung von Werbung und Programm für alle Medien gilt.⁹⁵

Weiterhin stellte der BGH fest, dass in Kinofilmen nicht die gleichen strengen Maßstäbe anzuwenden sind wie bei verdeckten Werbeaussagen in redaktionellen Beiträgen im Rundfunk. Begründet wurde diese Differenzierung mit der unterschiedlichen Erwartungshaltung des Publikums, die wegen des meist kommerziell bestimmten Charakters privater Spielfilme eine andere sei als bei den primär auf Information und Meinungsbildung ausgerichteten Rundfunksendungen.

Diese Begründung mag zutreffen, wenn man auf das überwiegend aus Gebühren finanzierte öffentlich-rechtliche Fernsehen abstellt. Angesichts der Bedeutung des privaten Rundfunks ist die Argumentation jedoch heutzutage wenig überzeugend, da die Erwartungshaltung des Zuschauers wohl kaum eine andere sein dürfte, je nachdem ob er den Film im kommerziellen Fernsehen oder im Kino sieht.

Die medienspezifische Differenzierung des BGH ist jedoch sinnvoll, wenn außer der Erwartungshaltung des Zuschauers auch die unterschiedliche Funktion einzelner Medien bei der Abwägung, ob eine Werbemaßnahme wettbewerbswidrig ist, einbezogen wird. Im Unterscheid zum Kino, das sich vornehmlich auf Unterhaltung beschränkt, ist das Fernsehen insgesamt kein reines Unterhaltungsmedium, sondern dient zugleich der Information und Meinungsbildung – selbst wenn kommerzielles Fernsehen einen Schwerpunkt auf die Ausstrahlung von Unterhaltungssendungen und Spielfilmen setzt.

Demnach besteht im Fernsehen ein größeres Interesse, diesen Bereich von sachfremder Beeinflussung in Gestalt von getarnter Werbung freizuhalten, als im Kino.⁹⁶ Beim Kinobesucher beruht die Entscheidung, sich einen Film anzuschauen, zudem viel mehr auf einer konkreten Information vorab als beim Fernsehzuschauer, der mitunter zufällig in eine bereits laufende Sendung einsteigt.

⁹⁴ BGH, GRUR 1995, S. 744 (748), (*Feuer, Eis & Dynamit I*).

⁹⁵ *Hartel*, Werbung im Kinofilm, ZUM 1993, S. 592 (597), *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, (Fn. 13), Teil B 5, § 7, Rdnr. 50.

⁹⁶ *Ladeur*, Reform der Rundfunkwerbung – Regulierung, Deregulierung oder regulierte Selbstregulierung, AfP 2003, S. 385 (387).

Als Fazit kann festgehalten werden, dass Werbung im Kinofilm zulässig und damit ein rechtmäßiger Finanzierungsweg ist. Zusätzlich zum *Product Placement* ist bei entgeltlicher Werbung im Vorspann ein Aufklärungshinweis möglich.⁹⁷

b) Fremdproduktionen

Filme, an deren Herstellung eine nationale Sendeanstalt nicht beteiligt war, sogenannte Fremdproduktionen, dürften bei einer strengen Anwendung des Trennungsgebots nicht gesendet werden, wenn sie Produktplatzierungen – dann auch als aufgedrängte *Placements* bezeichnet – enthalten.

Danach wären die Autoszenen der James Bond-Verfilmungen in einer hiesigen Fernsehausstrahlung als Schleichwerbung einzustufen und müssten herausgeschnitten werden und Bond müsste – gesetzestreu und wettbewerbsneutral – einen „Wodka mit Wermut aus einem EU-Land, geschüttelt, nicht gerührt“ bestellen.

Eine Einschränkung des Trennungsgebots kann jedoch auch bei Fremdproduktionen gerechtfertigt sein, wenn die Abwägung zwischen der Pflicht, ein Programm werbefrei zu halten und dem Informations- und Unterhaltungsauftrag des Fernsehens zugunsten des in § 11 Abs. 2 RStV verankerten Programmauftrags ausfällt.⁹⁸ Berücksichtigt wird hier vor allem das Publikumsinteresse und die Verpflichtung, ein möglichst umfassendes Bild auch über ausländische Produktionen abzugeben sowie die Tatsache, dass der Fernsehveranstalter allenfalls durch nachträgliches Herausschneiden von Szenen Einfluss nehmen kann.⁹⁹

Überwiegt hingegen der Werbecharakter eines Beitrages, so kann in extremen Fällen von *Product Placement* nach § 7 Abs. 5 RStV die Verpflichtung zur dauerhaften Kennzeichnung des Programms als Werbesendung greifen.

In den USA produzierte Kinofilme dürfen somit in Deutschland gezeigt werden, ohne dass Szenen, die *Product Placement* enthalten, herausgeschnitten werden müssten, wenn die Werbewirkung aus redaktionellen oder dramaturgischen Gründen unvermeidbar ist.¹⁰⁰

Vor diesem Hintergrund gibt es Stimmen, die beklagen, in Deutschland werde mit zweierlei Maß gemessen, wenn man behaupte, das Fernsehen sei frei von Schleichwerbung.¹⁰¹ Man kann sich daher die Frage stellen, ob eine Einschränkung des

⁹⁷ *Baumbach/Hefermehl*, (Fn. 79), § 1, Rdnr. 44b; BGH, GRUR 1995, S. 744 (748), (*Feuer, Eis & Dynamit I*).

⁹⁸ Siehe auch hier wiederum die ARD und ZDF-Richtlinien für die Werbung (Fn. 4).

⁹⁹ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, (Fn. 13), Teil B 5, Rdnr. 50; *Bosman*, (Fn. 89), S. 552.

¹⁰⁰ *Dörfler*, *Product Placement* im Fernsehen – unlautere Werbung oder denkbare Finanzierungsquelle im dualen Rundfunksystem, Europäische Hochschulschriften, II/1324, 1993 S. 96 ff.; BGH, GRUR 1990, S. 611 (614), (*Boro*).

Trennungsgebots mit der Begründung, *Product Placement* in Fremdproduktionen könne zulässigerweise ausgestrahlt werden, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass das Interesse des Zuschauers an der Ausstrahlung größer ist als das Interesse an der Einhaltung des Trennungsgebots,¹⁰² nicht mittlerweile auch für Eigen-, Auftrags- und Koproduktionen im herkömmlichen Fernsehen in fest umrissenen Grenzen zu befürworten ist.

IV. Auswirkungen der beabsichtigten Liberalisierung des Schleichwerbeverbots

Nicht erst seit dem Aufdecken verbotener Schleichwerbung im deutschen Fernsehen, ist die Frage nach der Zulässigkeit von Produktplatzierungen und der Aufhebung des Trennungsgebots im Sinne der Brüsseler Pläne Gegenstand von Diskussionen. Die beabsichtigte Novellierung der Fernsehrichtlinie, *Product Placement* unter bestimmten Voraussetzungen zumindest im fiktionalen Bereich als zulässiges Finanzierungsinstrument für Fernsehsendungen zuzulassen, stößt auf unterschiedliche Reaktionen.

Befürworter wie Gegner haben sich im Konsultationsprozess zu Wort gemeldet.¹⁰³ Einer zusammenfassenden Wiedergabe der unterschiedlichen Positionen diene zuletzt die in Liverpool veranstaltete „Audiovisuelle Konferenz“, auf der sich im wesentlichen drei unterschiedliche Auffassungen ausmachen ließen.¹⁰⁴

Diese reichen von einer strikten Beibehaltung des in Art. 10 Abs. 4 der Fernsehrichtlinie verankerten Schleichwerbeverbots über eine nuancierte Position, nach der Schleichwerbung in bestimmten Sendeformaten und unter der Voraussetzung eindeutiger Kennzeichnung zugelassen werden soll, bis hin zur Aufhebung des Schleichwerbeverbots und damit einhergehend des Gebots der Trennung von Werbung und Programm.¹⁰⁵

¹⁰¹ *Anschlag*, Rheinischer Merkur, 28.7.2005, „Nie mehr Martini für 007“, <http://www.rheinischer-merkur.de/index.php?id=6528> (1.12.2005).

¹⁰² *Johansson*, *Product Placement in Film und Fernsehen*, Rechtswissenschaftliche Forschungsberichte, 2001, S. 96; *Meyer-Hartport*, (Fn. 2), S. 118; *Bosman*, (Fn. 89), S. 552.

¹⁰³ Die Stellungnahmen sind unter <http://www.europa.eu.int/comm/avpolicy/revision-tvwf2005/2005-contribution.htm> (6.11.2005) abrufbar.

¹⁰⁴ Siehe hierzu den Abschlussbericht zur Kommerziellen Kommunikation der Arbeitsgruppe 4, unter <http://www.europa.eu.int/comm/avpolicy/revision-tvwf2005/docs/liverpool-wg4-en.pdf> (30.11.2005).

¹⁰⁵ Zum Vorschlag einer *Audiovisual Content Directive* durch die GD Informationsgesellschaft und Medien, siehe *Reding*, Kommissarin für Informationsgesellschaft und Medien, Rede auf der Audiovisuellen Konferenz in Liverpool v. 20.-22.9.2005 (Fn. 48).

Angesichts der veränderten Bedeutung und Funktion von Marken und Images für die reale Umwelt hat sich das Angebot und die Art der Fernsehsendungen gewandelt. Diese ist heutzutage eine mit Werbung durchsetzte Welt und wird so vor allem in Unterhaltungsshow und den sogenannten „Daily Soaps“, aber auch in vielen Spielfilmen wiedergegeben, unabhängig davon, ob ein Film im Kino oder im Fernsehen ausgestrahlt wird. Dies kann bei der Frage, ob bestehende rechtliche Regelungen noch angemessen und zeitgemäß sind, nicht unberücksichtigt bleiben.¹⁰⁶ Eine Täuschung des Rezipienten als Verbraucher darf allerdings nicht die Folge sein. Um dieser Forderung gerecht zu werden, kommen in bestimmten Formaten auch andere Regulierungsmöglichkeiten als das Trennungsgebot in Betracht. Eine Anpassung der bestehenden Regelung und Zurücknahme der Regulierung ist daher denkbar, jedoch nicht, ohne mögliche Konsequenzen und den Zweck der ursprünglichen Regelung, die Gewährleistung von Transparenz, außer Betracht zu lassen.

Im Folgenden werden vorwiegend die in Deutschland vertretenen Auffassungen erörtert, dies unter Bezugnahme auf die aktuellen Ereignisse bezüglich Schleichwerbung im deutschen Fernsehen. Zunächst soll jedoch in Form eines Exkurses der Blick Richtung Westen gerichtet und anhand der Vereinigten Staaten überblickartig ein Beispiel für einen klassisch-liberalen Umgang mit *Product Placement* dargestellt werden.

1. Exkurs: Blick nach Westen – das liberale amerikanische „Product Placement“

In den USA als Ursprungsland des *Product Placement* wird dieses sehr „liberal“ gehandhabt, wodurch ihm im Vergleich zu Europa eine ungleich wichtigere wirtschaftliche Rolle zukommt. Nach der bereits erwähnten Studie von *Bird & Bird* und *Carat Crystal* ist festzustellen, dass im Untersuchungszeitraum dieser Studie die Marketingaufwendungen in den USA höher als in jeder anderen Region der Welt sind.¹⁰⁷ Fünfzig Prozent des jährlich in den Massenmedien investierten Werbebudgets stammen aus den USA. Die ausschließlich als „Medienplatz“ ausgedrückten Pro-Kopf-Werbeaufwendungen sind in den USA dreimal so hoch wie die in Europa investierten Pro-Kopf-Beträge.¹⁰⁸ Der Hauptgrund dafür ist, dass die Massenmedien als Werbeträger in den USA überaus erfolgreich sind, was auf einen anhaltenden Wirtschaftsliberalismus zurückzuführen ist.

¹⁰⁶ Laukemann, Fernsehwerbung im Programm, Saarbrücker Studien zum Privat- und Wirtschaftsrecht, Bd. 29, 2002, S. 328.

¹⁰⁷ Siehe *Bird & Bird* und *Carat Crystal*, (Fn. 6), S. 13.

¹⁰⁸ Siehe *Bird & Bird* und *Carat Crystal*, (Fn. 6), S. 13 f.

Im Unterschied zur europäischen Rechtslage gibt es in den USA keine besonderen rundfunkrechtlichen Vorschriften über die Werbung in Rundfunksendungen. Verboten ist nach § 317 des Federal Communications Act von 1934¹⁰⁹ die Verbreitung von Programmen, die von dritter Seite zu Werbezwecken finanziert worden sind, wenn sie ohne Information des Zuhörers oder Zuschauers erfolgt. *Product Placement* ist demnach erlaubt, wenn ausdrücklich in den Sendungen darauf verwiesen wird, dass dafür bezahlt wurde.

Die Begrenzung der Werbung erfolgt überwiegend über das Wettbewerbsrecht. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang die Vorschrift der Section 34 a des Lanham Act von 1946, wonach *false advertising* verboten ist. Danach ist nicht nur der Inhalt von Aussagen über Produkte und Dienstleistungen als Werbung erfasst, sondern auch die Umstände der Verknüpfung von Werbung und Programm. Wenn Werbung und Inhalt nicht eindeutig getrennt sind, können beim Fernsehzuschauer falsche Vorstellungen bezüglich Grund und Hintergrund der Verknüpfung entstehen, selbst wenn der eigentliche Inhalt der Werbung nicht zu beanstanden ist. Geschützt ist nach amerikanischem Verständnis nicht nur die Integrität des Programms und die Meinungsbildung des Verbrauchers bzw. Zuschauers, sondern auch und gerade der sogenannte *content* als wirtschaftlicher Aufmerksamkeitswert, der sich auf Werbung übertragen lässt.¹¹⁰ Dies ist bei Filmen wie auch bei Sportveranstaltungen der Fall. Durch die Verknüpfung von Werbung und Inhalt, beispielsweise durch ins Bild hineinprojizierte Werbung, kann beim Zuschauer ein falscher Eindruck bezüglich des Verhältnisses zwischen Rundfunkveranstalter und Sportveranstalter entstehen. Eine Werbung kann den Eindruck vermitteln, es bestehe ein Sponsorenverhältnis zwischen dem werbenden Unternehmen und einem Fernsehveranstalter. Sowohl dem Ereignisveranstalter als auch dem Zuschauer wird dabei nach amerikanischem Verständnis ein schutzwürdiges Interesse zugestanden.

Der insgesamt großzügige Umgang mit *Product Placement* wird durch Digitalfilme noch weiter ausgenutzt. Die digitale Filmtechnologie erlaubt es, Markenprodukte nachträglich in Filmen zu platzieren, ein Vorgehen, das in Hollywood bereits zur Tagesordnung gehört¹¹¹ und es den Filmstudios ermöglicht, ihre *Placements* an bestimmte lokale Märkte anzupassen. Produkte, die in amerikanischen Produktionen enthalten und in den USA bekannt sind, können auf diese Weise für die Ausstrahlung auf dem europäischen Markt durch die in Europa populären Produkte

¹⁰⁹ 47 USC § 317.

¹¹⁰ Ladeur, (Fn. 96), S. 386.

¹¹¹ Johansson, (Fn. 102), S. 64; Meyer-Harport, (Fn. 2), S. 85, beide unter Verweis auf den Film „Demolition Man“ aus dem Jahre 1993 als Beispiel, in dem der Schriftzug der amerikanischen Taco-Bell-Restaurants in den für das Ausland bestimmten Kopien durch den Schriftzug von Pizza-Hut ersetzt wurde; Beitrag v. 7.12.2004 in Film.de, abzurufen unter <http://www.film.de/newsitem.php/id/135/my/./referrer/kinonews/pg/3/> (1.12.2005).

ersetzt werden. Die technischen Kosten hierfür sind überschaubar. Filmproduzenten profitieren überdies davon, dass sie ihre Rechte mehrfach verkaufen können.

Trotz des liberalen Umgangs mit *Product Placement* in Kino-¹¹² und Fernsehfilmen, wird derzeit auch in den USA eine Debatte um verbotene Schleichwerbung geführt. Laut einer Studie wuchs die Anzahl von *Product Placements* im Jahr 2004 um 46 Prozent, was vor allem der zunehmenden Popularität von Reality-TV-Shows zu verdanken ist.¹¹³ Gerade hier besteht aber das Problem, dass das Platzieren und Einbeziehen von Produkten in den Handlungsablauf, das *Branded Entertainment*, das als besonders attraktive Werbeform gilt, da der Zuschauer der Werbung hier nicht aus dem Weg gehen kann, den gesetzlichen Anforderungen mangels Vorabinformation des Zuschauers nicht genügt. Beispiel ist die Integration eines Spielwarenhauses in eine Serie dergestalt, dass Teilnehmer der Show mit ihren Kindern dort einkaufen gehen und das Ladenlokal im Fernsehen erscheint. Die US-Medienaufsichtsbehörde Federal Communications Commission (FCC) hat angekündigt, gegen diese versteckten Werbebotschaften vorzugehen.¹¹⁴

2. Widerstand gegen die Liberalisierungspläne der Europäischen Kommission

In Deutschland stößt die Idee einer Deregulierung der Werbevorschriften und insbesondere die teilweise Legalisierung des *Product Placement* angesichts des Skandals um Schleichwerbung vor allem bei Verbraucherschützern und den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf Widerstand. So befürchtet die Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv), dass eine Lockerung der Werbebeschränkungen und Zulassung von *Product Placement* als Finanzierungsquelle für Fernsehsender unabhängige Journalisten käuflich mache und das Ende der Presse- und Informationsfreiheit bedeute.¹¹⁵ Der Zuschauer müsse sich auch weiterhin darauf verlassen können, dass Informationen gesendet werden, weil sie gesellschaftlich relevant sind, nicht weil sie auf Druck der Werbeindustrie aus Finanzierungsgründen ins Programm aufgenommen wurden.

¹¹² Jüngstes Beispiel ist der Hollywood Actionthriller „The Island“ von Michael Bay, in dem es nicht mehr nur um *Product Placement* geht, sondern in dem Produkte inszeniert und in die Handlung eingebunden werden.

¹¹³ *Schön*, US-Medienaufsicht will gegen Schleichwerbung vorgehen, Artikel v. 17.08.2005, abrufbar unter <http://www.welt.de/data/2005/08/17/761041.html?prx=1> (30.11.2005).

¹¹⁴ *Schön* (Fn. 113).

¹¹⁵ So vzbv-Vorstand Edda Müller, Artikel v. 20.7.2005, abrufbar unter http://www.vzbv.de//start/index.php?page=presse&bereichs_id=themen_id=&mit_id=580&task=mit (1.12.2005).

Die Werbeagenturen in Deutschland fürchten durch die aktuellen Fälle von Schleichwerbung um ihr Ansehen und betonen, dass auch weiterhin das Wohl des Zuschauers im Vordergrund stehe.¹¹⁶

Die Landesmedienanstalt Schleswig-Holstein sieht in der Aufhebung des Trennungsgebots eine Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung und befürchtet, dass sich eine Begrenzung zulässigen *Product Placements* auf fiktionale Sendungen nicht lange halten lässt.¹¹⁷ Auch die rheinland-pfälzische Landesmedienanstalt sprach sich eindeutig gegen eine Erleichterung der Werbebeschränkungen aus und beklagte, dass der Aufrechterhaltung des Schleichwerbverbots in Art. 10 Abs. 4 Fernsehrichtlinie im Falle einer Liberalisierung nach den Plänen der Kommission lediglich die Bedeutung einer salvatorischen Klausel zukomme.¹¹⁸

Bereits in ihrer Stellungnahme im Konsultationsprozess¹¹⁹ haben sich auch die öffentlich-rechtlichen Fernsehsender ARD und ZDF gegen eine Liberalisierung der Werbevorschriften der Fernsehrichtlinie ausgesprochen. Sie befürchten angesichts der aktuellen Geschehnisse eine Gefährdung der unabhängigen Programmgestaltung durch die Brüsseler Pläne.¹²⁰ Dazu kommt nun die Angst um den Verlust der Glaubwürdigkeit der öffentlich-rechtlichen Sender. Kontrollmechanismen und Frühwarnsysteme sollen daher überprüft werden.¹²¹ Dennoch darf nicht übersehen werden, dass Schleichwerbung kein ausschließliches Problem der öffentlich-rechtlichen Sender ist; auch die privaten Fernsehsender sind nicht frei von Schleichwerbung, wie jüngste Untersuchungen ergaben.¹²²

¹¹⁶ So Marx, Präsidiumsmitglied der Gesellschaft Public Relations Agenturen e.V. (GPRA), Artikel v. 22.7.2005, prportal.de, URL: <http://www.prportal.de/?article=22-07-05-405776> (1.12.2005).

¹¹⁷ So Schumann, Direktor der schleswig-holsteinischen Landesmedienanstalt und Europa-Beauftragter der deutschen Landesmedienanstalten, <http://www.djv.de/downloads/discussion3-werbung%20ohne%20Grenzen.pdf> (25.11.2005); in dieselbe Richtung argumentiert Konken, Bundesvorsitzender des Deutschen Journalisten-Verbands (DJV), Pressemitteilung v. 29.9.2005, http://www.djv.de/aktuelles/presse/archiv/2005/29_09_05.shtml (1.12.2005).

¹¹⁸ Platho, Abteilungsleiter für Lizenzen, Programmaufsicht und Europa bei der Landesmedienanstalt Rheinland-Pfalz in der FAZ v. 27.7.2005, Nr. 172, S. 38.

¹¹⁹ Gemeinsame Stellungnahme von ARD und ZDF v. 14.7.2003 zur Revision der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ (Fn. 34).

¹²⁰ WDR-Intendant Pleitgen bezeichnet das *Product Placement* in einem Interview v. 21.7.2005 sogar als „Pest“, <http://www.wdr.de/themen/kultur/rundfunk/wdr/tatort/050721.jhtml?rubrikenstyle=kultur> (1.12.2005).

¹²¹ Siehe epd medien Nr. 67 v. 27.8.2005, http://www.epd.de/medien/medien_index_36878.html (1.12.2005).

¹²² So beispielsweise Medienforscher Hachmeister in einem Interview mit Spiegel Online v. 22.7.2005, <http://spiegel.de/kultur/gesellschaft/0,1518,366132,00.html> (1.12.2005); siehe auch Braun, Eine Frage der Glaubwürdigkeit, FK 29/2005, S. 3 sowie „Skandal um Schleichwerbung bei Sat.1“, Artikel v. 1.10.2005, abrufbar unter <http://www.quotenmeter.de/index.php?newsid=11420> (1.12.2005).

Vereinzelte Überlegungen angestellt, Produktplatzierungen künftig zuzulassen, wenn sie unentgeltlich vorgenommen werden. Dafür spricht, dass auf diese Weise qualitativ hochwertigere Filme entstehen und zum anderen die Zuschauer vor einer Gebührenerhöhung geschützt werden können.¹²³ Diese Ansicht stößt in Deutschland überwiegend auf Kritik. Auch das Kammergericht Berlin lehnt die generelle Zulässigkeit unentgeltlicher Produktplatzierungen in jüngster Rechtsprechung ab. In Anlehnung an die BGH-Rechtsprechung zur getarnten Wirtschaftswerbung hat das Gericht in einem Beschluss vom 29. Juli 2005¹²⁴ einen Radiobeitrag wegen enthaltener Schleichwerbung verboten, obwohl kein Entgelt gewährt wurde.¹²⁵ Auch wenn kein Entgelt geflossen sei, hätten ausreichend Indizien vorgelegen, um den Beitrag als Schleichwerbung zu bewerten. Dafür, dass Schleichwerbung nicht zwingend nur bei Entgelt vorliegt, spricht schon der Wortlaut des Rundfunkstaatsvertrages, der in § 2 Nr. 6 Satz 2 das Entgeltkriterium lediglich als Indiz für das Vorliegen von Schleichwerbung anführt und neben anderen ähnlichen Gegenleistungen nennt.

3. Jüngste Reaktionen in Deutschland auf die Schleichwerbedebatte

Ob es bei den aktuell in Deutschland diskutierten Fällen von Schleichwerbung im Fernsehen in Wahrheit vornehmlich um die juristische Klärung geht, zulässige Produktplatzierung von verbotener Schleichwerbung abzugrenzen, ist fraglich. In jedem Fall spielt die Frage der Zulässigkeit der Finanzierung und Mitfinanzierung von Programmen durch gezielte redaktionelle Einbindung von Botschaften in Fernsehsendungen und somit ein rein wirtschaftliches Interesse eine nicht unbedeutende Rolle. Darüber hinaus kann man die Frage stellen, was tatsächlich unternommen wurde und welche Konsequenzen aus dem Schleichwerbeskandal bisher gezogen wurden.

a) Ankündigung allgemeiner Maßnahmen

Auf nationaler Ebene sind engere Kooperationen der Anstalten des öffentlich-rechtlichen Fernsehens angelaufen und schärfere Sanktionen bei Verstößen gegen das Schleichwerbeverbot anvisiert. Angekündigt wurden strengere Regeln für

¹²³ epd medien Nr. 64 v. 17.8.2005, http://www.epd.de/medien/print/medien_index_36664.htm (6.11.2005); Kölnische Rundschau, <http://www.rundschau-online.de/kr/KrCachedContentServer?ksArtikel.id=1122790407608&calledPageId=1037365920648> (6.11.2005).

¹²⁴ Beschluss v. 29.7.2005, Az. 5 W 85/05, abrufbar unter <http://www.kammergericht.de> mit entsprechendem Aktenzeichen, wobei der Beschluss den Bereich des Hörfunks betrifft.

¹²⁵ Der Moderator habe in seinem Interview Sätze ähnlich eines Werbeslogans verwendet, bei denen es sich um getarnte Werbung handele, so das Kammergericht (Fn. 124).

Schleichwerbung sowie ein härteres Vorgehen hiergegen. Dies lässt sich beispielsweise durch die Verweigerung von Auftragserteilungen auch durch Partneranstalten an Unternehmen, die gegen das Schleichwerbeverbot verstoßen haben, umsetzen.¹²⁶

Abgelehnt wird eine Programmkontrolle durch die Landesmedienanstalten wie sie bei den Privatsendern existiert.

Auch die betroffenen privaten Fernsehsender leiteten umfassende Untersuchungen in die Wege und kündigten Richtlinien gegen Schleichwerbung an.¹²⁷

b) Finanzierungsmaßnahmen

Die Bedeutung von Werbeeinnahmen als Finanzierungsinstrument für den Rundfunk ist ein seit langer Zeit kontrovers diskutiertes Thema, dies insbesondere vor dem Hintergrund immer teurer werdender Fernsehrechte, bedingt nicht zuletzt durch die Zunahme der Programmveranstalter.¹²⁸ Dadurch wird die Refinanzierung durch Werbung immer schwieriger. Die Begrenzung der Werbung durch das Schleichwerbeverbot kann nach verbreiteter Ansicht dazu führen, dass die finanzielle Basis insbesondere privater Fernsehsender instabil wird und zu einer Gefährdung des privaten Rundfunks bzw. im Extremfall zu einem Verschwinden privater Fernsehveranstalter führt.¹²⁹

Überwiegend hält man weiterhin am System einer Mischfinanzierung fest, da durch Werbeeinnahmen eine einseitige Abhängigkeit von politisch geprägter Gebührenfestsetzung vermieden wird und die Gebührenzahler entlastet werden.¹³⁰ Werbung nutze daher der Allgemeinheit. Die Werbewirtschaft werbe in öffentlich-rechtlichen Programmen gezielt, um Gruppen zu erreichen, die von den privatrechtlichen Sendern nicht erreicht werden.¹³¹ Daher lehnen die öffentlich-recht-

¹²⁶ So der ARD-Vorsitzende *Gruber*, Artikel v. 29.7.2005, abrufbar unter <http://www.presseportal.de/print.htm?nr=707390> (1.12.2005).

¹²⁷ So beispielsweise die ProSiebenSat.1 Media AG, der ein erster Prüfbericht zur Schleichwerbung vorliegt, siehe Artikel v. 10.10.2005, <http://quotenmeter.de/index.php?newsid=11537> (1.12.2005).

¹²⁸ *Dörfler*, (Fn. 100), S. 14, 15 zur Fernsehwerbung in Deutschland allgemein sowie zur Spotwerbung.

¹²⁹ *Ladeur*, (Fn. 96), S. 388, unter Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG zur grundrechtlichen Garantie der Selbstfinanzierung privater Programme durch Werbung in BVerfGE 73, S. 118 (160); auch die Finanzierung eines aufwendigen Programms darf nicht durch Werberegeln verhindert werden, so *Ladeur*.

¹³⁰ Die Rede ist von einer Erhöhung der Rundfunkgebühren um 1,50 Euro, wenn der Ausfall der Werbeeinnahmen über Gebühren zu finanzieren wäre, so *Gruber*, (Fn. 126).

¹³¹ In diesen Zusammenhang gehört auch die Meldung der ARD vom 2.8.2005, die Funktion der Nachrichten sei im öffentlich-rechtlichen Fernsehen eine andere als im privaten. Dies werde

lichen Fernsehsender, entgegen der von den privaten Sendern aufgestellten Forderung, Werbung aus Glaubwürdigkeitsgründen im öffentlich-rechtlichen Fernsehen uneingeschränkt zu untersagen,¹³² ein generelles Verbot von Werbung in öffentlich-rechtlichen Programmen ab. Dieses führe zu einem „Werbe-Duopol“, wodurch den privaten Sendern eine Vormachtstellung zukäme.¹³³

c) Aufsichts- und Kontrollmechanismen

Die ARD hat ferner eine Clearingstelle eingerichtet, welche die Unabhängigkeit des Programms sichern soll.¹³⁴ Ihre Aufgabe besteht darin, die Arbeit der Landesrundfunkanstalten im Kampf gegen Schleichwerbung gemeinsam zu intensivieren, zum einen durch laufende Aufklärungsarbeiten in den Landesmedienanstalten, zum anderen durch das Treffen von Vorkehrungen gegen künftige Fälle von Schleichwerbung. In dem klar definierten Arbeitsauftrag sind sowohl Maßnahmenkataloge für die Formulierung von Verträgen mit Auftragsproduzenten vorgesehen – Produktionsverträge sollen verschärft werden, Produzenten sollen Verpflichtungserklärungen abgeben, dass sie keinerlei Einkünfte aus Schleichwerbung erzielen – als auch beispielsweise die Koordinierung von Maßnahmen zur Programmbeobachtung.

Ferner sollen die Voraussetzungen für das Bestehen und die Geltendmachung eventueller Schadensersatzansprüche festgelegt werden. Auch Regelungen für die Überprüfung der Einhaltung des Trennungsgebots sind Gegenstand des Arbeitsauftrages.

Die sogenannte Fernsehprogrammkonferenz soll Sendungen, die in Kooperation mit Dritten entstanden sind, auf ihre Rechtmäßigkeit vor dem Hintergrund des öffentlich-rechtlichen Programmauftrags überprüfen.

Einer von der EU-Kommission vorgesehenen Lockerung des Schleichwerbverbots, wie es die privaten Fernsehsender unterstützen, wird hingegen seitens der öffentlich-rechtlichen Fernsehsender eine klare Absage erteilt. Die Prinzipien des Art. 10 der Fernsehrichtlinie, allen voran das Trennungsgebot in Abs. 1 und das

nicht nur in der unterschiedlichen Auswahl der Beiträge deutlich – ausgerichtet an der Relevanz der Nachrichten für den Bürger und nicht am Sensationsgehalt – sondern auch daran, dass doppelt so viel Politik gezeigt werde und damit mehr Zuschauer als im privaten Fernsehen erreicht werden; abzurufen unter <http://tagesschau.de/aktuell/meldungen/0,1185OID4586324,00.html> (12.9.2005).

¹³² So der Präsident des Verbands Privater Rundfunk und Telekommunikation (VPRT), *Doetz*, nachzulesen unter http://www.vprt.de/dateien/pm_050721_schleichwerbung.pdf (1.12.2005).

¹³³ *Gruber*, ARD-Vorsitzender, epd medien Nr. 57 v. 23.7.2005, nachzulesen unter http://www.epd.de/medien/medien_index_36246.html (6.11.2005).

¹³⁴ Die Welt v. 27.8.2005, abrufbar unter www.welt.de/data/2005/08/27/766235.html (1.12.2005).

Verbot der Schleichwerbung in Abs. 4, müssen ihrer Auffassung nach uneingeschränkt aufrecht erhalten werden.¹³⁵

d) Stellungnahme

Ob die getroffenen Maßnahmen sinnvolle und effektive Vorkehrungen gegen Schleichwerbung darstellen oder ob nicht vielleicht ein gewisses Umdenken hinsichtlich bisher verbotener Werbeformen zu bevorzugen ist, bleibt abzuwarten. Sicherlich wird auch hierzulande nach dem definitiven Bekanntwerden der Pläne der Europäischen Kommission die Liberalisierung der Werbevorschriften zu diskutieren sein. Einige Überlegungen sollen hier bereits angestellt werden.

Fest steht – wie aktuelle Beispiele zeigen – dass die vorhandenen Regelungen nicht geeignet sind, Schleichwerbung zu unterbinden. Es stellt sich daher die Frage, ob nicht Alternativen zu den bisher bestehenden rundfunkrechtlichen Regelungen denkbar sind. Der auftretende Zielkonflikt zwischen Qualitätssicherung durch Unabhängigkeit des Programms von Werbung und Qualitätssicherung durch finanzielle Gewährleistung ist durch eine Abwägung zu lösen. An deren Ausgangspunkt steht die Frage, ob die Anwendung des Grundsatzes der Trennung von Werbung und Programm im Fernsehen weiterhin starr und einheitlich erfolgen sollte.

Wichtigste Einnahmequelle für Fernsehveranstalter in der Europäischen Union ist nach wie vor die Werbung.¹³⁶ Nicht zu bestreiten ist, dass sich eine Liberalisierung der Werbebeschränkungen auf die duale Rundfunkordnung in Deutschland in unterschiedlicher Weise auswirkt, so dass sicherzustellen ist, dass sowohl der öffentlich-rechtliche als auch der private Rundfunk aus einer Lockerung der bestehenden Regelungen Nutzen ziehen würden. Dass beide Säulen in gleichem Maße hiervon profitieren, ist hingegen nicht zwingend. Hierfür ist die wirtschaftliche Bedeutung der Werbeeinnahmen für den privaten sowie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu betrachten.¹³⁷ Diese stellen jedoch gerade für die privaten Sender ein ungleich wichtigeres Finanzierungsinstrument dar und sichern letztlich anerkanntermaßen ihre Existenzgrundlage.¹³⁸ Für die öffentlich-rechtl-

¹³⁵ Gemeinsame Stellungnahme von ARD und ZDF v. 14.07.2003 zur Revision der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ (Fn. 34), lediglich hinsichtlich der in Art. 10 Abs. 2 enthaltenen Regelung für Spotwerbung wäre eine Lockerung dahingehend denkbar, dass individuell abrufbaren Fernsehsendungen bzw. -diensten (nach einer befürworteten Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Fernsehrichtlinie auf Abrufdienste und interaktive Angebote) ein größerer Gestaltungsspielraum zugestanden werden kann, einzelne Spots zu senden.

¹³⁶ Vierter Bericht der Kommission, (Fn. 41), S. 6. Zur Entwicklung der Werbeinvestitionen in den Massenmedien allgemein in den vergangenen Jahren, *Bird & Bird* und *Carat Crystal*, S. 16 (Fn. 6).

¹³⁷ *Meyer-Harport*, (Fn. 2), S. 66, 67.

¹³⁸ BVerfGE 73, S. 118 ff. (160); *Busch*, (Fn. 82), S. 716; *Dörfler*, (Fn. 100), S. 62.

chen Sender sind Werbeeinnahmen ein wichtiges und nicht zu vernachlässigendes weiteres Standbein neben der Gebührenfinanzierung. Aus diesen Gründen ist ein absolutes Werbeverbot für die öffentlich-rechtlichen Sender, wie es teilweise gefordert wird, abzulehnen. Gleichzeitig ist anzuerkennen, dass die privaten Sender nahezu ausschließlich auf die Einnahmen aus der Vermarktung ihrer Werbezeiten angewiesen sind.

Werbeeinnahmen stellen somit für beide Säulen unerlässliche Erlöse dar, jedoch in unterschiedlich hohem Ausmaß. Dabei darf nicht verkannt werden, dass diese beispielsweise im Vergleich zu den USA insgesamt gesehen sowohl für den öffentlich-rechtlichen als auch für den privaten Rundfunk im Verhältnis marginal sind¹³⁹ und daher allenfalls als ein zusätzliches Finanzierungsinstrument angesehen werden können. Anzunehmen ist jedoch, dass die wirtschaftliche Bedeutung von Werbeeinnahmen aus *Product Placement* zumindest für den privaten Rundfunk angesichts seines steigenden Finanzbedarfs zunehmen wird. Dies ist ein Argument für eine restriktivere Anwendung des Trennungsgrundsatzes.

4. Regelungen bezüglich neuer Werbetechniken

Angesichts der neuen Werbetechniken wie Split-Screen-Technik und virtueller Werbung bestehen in Deutschland bereits gesetzliche Regelungen im Rundfunkstaatsvertrag.¹⁴⁰ Diese sind auf die Fernsehrichtlinie übertragbar. Bei interaktiver Werbung entscheidet der Nutzer hingegen bewusst und aktiv, den Bereich des Fernsehprogramms zu verlassen, um einen Dienst der Informationsgesellschaft wahrzunehmen, der dann in den von der E-Commerce-Richtlinie geregelten Anwendungsbereich fällt. Die Gefahr, dass Produkte nicht aus redaktionellen Gründen in Sendungen platziert werden, sondern um damit die Möglichkeit interaktiver Werbung zu öffnen, scheint hier größer, insbesondere im Bereich der Auftrags- und Koproduktionen, wo die Rundfunkanstalten nur über reduzierte Kontrollmöglichkeiten verfügen. Dennoch darf gerade hier nicht übersehen werden, dass der Zuschauer aus eigenem Entschluss tätig wird, wenn er Angebote abrufen und daher sein Schutzbedürfnis nicht gleich hoch ist wie bei versteckt eingeblendeter Werbung.

Zusammenfassend ist der Organisation Werbungtreibender im Markenverband (OWM) beizupflichten, wenn sie ein modernes Regelungskonzept fordert, das sowohl auf die herkömmlichen als auch auf neue Werbetechniken gleichermaßen Anwendung finden soll.¹⁴¹

¹³⁹ Siehe *Bird & Bird* und *Carat Crystal*, (Fn. 6), S. 13 f.

¹⁴⁰ Für virtuelle Werbung § 7 Abs. 6 Satz 2, für Split-Screen-Technik § 7 Abs. 4 RStV.

¹⁴¹ Die OWM spricht sich in ihrer Stellungnahme v. 2.7.2003 zum Diskussionspapier der Kommission „Schutz der allgemeinen Interessen in der Fernsehwerbung sowie bei Sponsoring, Tele-

5. Unterstützung der Liberalisierungspläne der Europäischen Kommission

Begrüßt wurden die Pläne der Europäischen Kommission zur Liberalisierung des Schleichwerbeverbots in fiktionalen Sendungen vom Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation (VPRT), der sich dafür einsetzt, ähnlich dem amerikanischen Vorbild, *Product Placement* als legales Mittel zur Refinanzierung von Inhalten zuzulassen, vorausgesetzt, der Zuschauer wird über diese Finanzierung nicht hinweggetäuscht. Dies werde durch eine Verpflichtung zur eindeutigen Kenntlichmachung, wann kommerzielle Kommunikation und wann Werbung vorliege, wie die Europäische Kommission sie fordere, erreicht.¹⁴²

Ebenso sprach sich die nordrhein-westfälische Landesanstalt für Medien dafür aus, die Regelungen zur Zulässigkeit von Produktplatzierungen zu überdenken.¹⁴³ Un-erlässlich sei weiterhin Transparenz, diese könne aber auch durch eindeutige Kennzeichnung erreicht werden, beispielsweise durch Einblendungen vor der Sendung oder im Abspann oder die Einblendung eines Logos, immer wenn Produktplatzierungen der Finanzierung einer Sendung dienen, vergleichbar einer Art „Beipackzettel“ für Produktplatzierungen.¹⁴⁴ Denn nur wenn der Zuschauer wisse, was in einer Sendung enthalten ist bzw. wer an ihrer Herstellung beteiligt war, könne er sich ein Urteil bilden und entscheiden, ob er das Programm als Information oder als Image-Werbung einstuft.

Auch zum deutschen Schleichwerbeskandal nahm die nordrhein-westfälische Landesmedienanstalt Stellung¹⁴⁵ und betonte, dass eine klare Unterscheidung zwischen Schleichwerbung und *Product Placement* sowie zwischen *Product Placement* und seiner Finanzierung erforderlich sei. Schleichwerbung – „unangemessene Prominenz“ eines Produktes – sei verboten, *Product Placement* – soweit es aus dramaturgischen oder inhaltlichen Gründen erfolgt – sei hingegen erlaubt. Auch eine Form der Kofinanzierung sei unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, sofern die redaktionelle Freiheit nicht eingeschränkt, bzw. die Finanzierung nicht sicht-

shopping und Eigenwerbung“ zwar für eine grundsätzliche Beibehaltung des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots aus Verbraucherschutzgründen aus, schließt jedoch nicht aus, dass diese im Hinblick auf neue Werbetechniken ergänzt werden. Der Schwerpunkt liege eindeutig bei der Erkennbarkeit von Werbung, und nicht zwangsweise bei der (optischen) Trennung von Werbung und Programm, nachzulesen unter <http://www.owm.de/index.php?contentpath=http%3A//www.owm.de/positionen.pdf> (6.11.2005).

¹⁴² So VPRT-Präsident Doetz (Fn. 132).

¹⁴³ So der Direktor der dortigen Landesanstalt für Medien, Schneider, Statement zur Schleichwerbung und zur Finanzierung von TV-Programmen v. 8.4.2005, abrufbar unter www.lfm-nrw.de/downloads/redeschneider-08042005.pdf (1.12.2005).

¹⁴⁴ So Schneider, in: Die Welt, Artikel v. 1.6.2005, siehe unter <http://www.welt.de/data/2005/06/01/725815.html?prx=1> (1.12.2005).

¹⁴⁵ Schneider (Fn. 143).

bar wird. Verbotene Schleichwerbung liege dann vor, wenn „Mitfinanzierer“ im Programm unangemessen herausgestellt werden (sogenannte *undue prominence*).

Für mehr Selbstregulierung im Bereich der Werbung setzte sich im Brüsseler Konsultationsprozess die britische *Advertising Association* ein.¹⁴⁶ Die strikte Anwendung des Trennungsgebots, das Transparenz im Bereich der Werbung sicherstellt, muss nach ihrer Auffassung im Lichte neuer Werbe- und Technologieentwicklungen überprüft werden. Eine Vorschrift zur Trennung von Werbung und Programm durch akustische oder optische Mittel in der Fernsehrichtlinie und damit auf europäischer Ebene ist ihrer Ansicht nach nicht mehr zeitgemäß; vielmehr müsse eine Regelung auf nationaler Ebene im Wege der Selbstregulierung durch die Mitgliedstaaten erfolgen. Die Werbeindustrie soll nicht durch starre gesetzliche Regelungen gebremst werden. Neue Werbetechniken sind vielmehr wesentlicher Bestandteil der künftigen Entwicklung des audiovisuellen Sektors, die gefördert werden und im Wege der Selbstregulierung durch die Mitgliedstaaten gesetzlichen Regelungen unterworfen werden müssen. Dabei ist laut Auffassung der *Advertising Association* eine klare Unterscheidung notwendig zwischen Werbung in Fernsehsendungen, die dem Verbraucher durch den Produzenten vorgesetzt wird, und Werbung in Fernsehdiensten, die vom Verbraucher individuell und auf Wunsch abgerufen wird.

6. Überlegungen hin zu einer Kompromisslösung

Teilweise wird im deutschen rechtswissenschaftlichen Schrifttum vorgeschlagen, die Anwendung des Trennungsgrundsatzes vom jeweiligen Sendeformat abhängig zu machen. So sei zum einen im Bereich der Unterhaltungssendungen die im Vergleich zu Kinofilmen unterschiedliche Behandlung von Spielfilmen oder Serien – die oftmals gerade das alltägliche Leben wiedergeben, wozu anerkanntermaßen Marken und Images gehören – nicht mehr ohne weiteres zu rechtfertigen.¹⁴⁷ Zum anderen wird eine Durchbrechung des grundsätzlichen Schleichwerbeverbots im privaten Rundfunk vorgeschlagen, allerdings nur in klar geregelten Bereichen wie beispielsweise angesichts der hohen Preise für Sportrechte im Sport, nicht jedoch in Nachrichten- und Informationssendungen, denen der Verbraucher ein besonders hohes Vertrauen auf Objektivität entgegen bringt.

Die vorgeschlagenen Modelle sind zahlreich¹⁴⁸ und reichen von strikter Regulierung der Werbevorschriften bis zu Selbstverpflichtungen der werbetreibenden Wirt-

¹⁴⁶ Stellungnahme abrufbar unter http://www.europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/review-tw2003/wc_aa.pdf (1.12.2005).

¹⁴⁷ *Busch*, (Fn. 82), S. 718; vorsichtiger *Schulz*, Transparente Schleichwerbung, FK 28/2005, S. 4; *Meyer-Harport*, (Fn. 2), S. 137.

¹⁴⁸ Ein zusammenfassender Überblick findet sich bei *Laukemann*, (Fn. 106), S. 274-296; allgemein hierzu die Beiträge in: Co-Regulierung der Medien in Europa, IRIS Spezial, Straßburg 2003, u.a.

schaft, keine Schleichwerbung zu betreiben.¹⁴⁹ Teilweise werden verschiedene selbst-regulatorische Ansätze¹⁵⁰ bis hin zum sogenannten „Modell regulierter Selbstregulierung“ bzw. „Managementmodell“ anstelle starrer Regulierung vorgeschlagen.¹⁵¹

Ein solches Modell der Selbstregulierung des Verhältnisses von Werbung und Programm kann so aussehen, dass in einem nach Art und Umfang festzusetzenden Teil von Programmformaten Verhaltensregeln vorgegeben sind, in einem anderen Teil unter Beachtung der Transparenzregeln und Festlegung von Grenzen programminterne Werbung erprobt und evaluiert werden kann. Den Veranstaltern kommt ein Beurteilungsspielraum zu. Öffentliche und private Interessen können so in einem offenen Prozess abgestimmt werden. Die Programmqualität wäre ebenso gewährleistet wie die Finanzierungsinteressen der Veranstalter.

Für den Bereich des Lokal- und Regionalrundfunks enthält § 46 a RStV bereits jetzt die Möglichkeit, dass Werbung nicht in vollem Umfang gesetzlich reguliert werden muss. Dies kann auch für einzelne Programmformate überlegt werden. Danach können flexiblere Regeln für die Integration von Werbung und Programm nach selbst geschaffenen Gesetzen, jedoch beispielsweise von den Landesmedienanstalten zu kontrollierenden Regeln entwickelt und angewandt werden.

7. Stellungnahme

Zu befürworten ist dieses Modell insofern, als es einen Interessenausgleich zwischen einerseits dem Verbraucherschutz sowie dem Schutz der Unabhängigkeit der Programmveranstalter und andererseits der Notwendigkeit, Einnahmen aus der Werbung zu gewinnen, gewährleisten kann.¹⁵² Nach dem bereits Dargelegten kann man den Schluss ziehen, dass ein weiteres starres Festhalten am Grundsatz der Trennung von Werbung und Programm in allen Bereichen des Fernsehens nicht zu empfehlen ist, um nicht die Augen vor der Wirklichkeit zu verschließen. Diese

Palzer, Selbstkontrolle oder Selbstregulierung oder Co-Regulierung, S. 31 ff. und *Lulé*, Selbstregulierung und Co-Regulierung aus Sicht des Rundfunks, S. 97 ff.

¹⁴⁹ *Meyer-Harport*, (Fn. 2), S. 132.

¹⁵⁰ Für Selbstregulierung im Bereich der Werbung siehe die Beiträge in: Co-Regulierung der Medien in Europa, IRIS Spezial, Straßburg 2003: *Gray*, Einführung in das EASA-System der Selbstregulierung, S. 35 ff. sowie *Jigenius*, Selbstregulierung – Das schwedische Modell, S. 51 ff.; für regulierte Selbstkontrolle: *von Gottberg*, Voraussetzungen für Selbstkontrolle im Bereich der Medienregulierung, S. 41 ff. und *Prosser*, Selbstregulierung, Co-Regulierung und Reform der Medienregulierung im Vereinigten Königreich, S. 67 ff.; *Prieto Suarez*, Der Ansatz des Europarates, S. 77 ff.

¹⁵¹ *Busch*, (Fn. 82), S. 718 befürwortet einen selbstregulatorischen Ansatz zumindest im Unterhaltungsbereich; weitergehend *Ladeur*, (Fn. 96), S. 390 f., der ein sogenanntes Modell „regulierter Selbstregulierung“ zumindest für einzelne Sendeformate vorschlägt.

¹⁵² Zu den betroffenen Interessen, siehe *Schaar*, (Fn. 27), S. 58-62.

erfordert einen Mittelweg zwischen starrer Regulierung und völliger Selbstregulierung:

Einerseits muss angesichts der finanziellen und wettbewerbsrechtlichen Situation der europäischen Medienindustrie eine Chance für die Optimierung ihrer wirtschaftlichen Entwicklung geschaffen werden, nicht zuletzt durch angemessene Finanzierungsmöglichkeiten. Diese dienen der Erhaltung und Sicherung der europäischen Film- und Fernsehindustrie und ihrer Wettbewerbsfähigkeit, die anderenfalls im internationalen Vergleich über kurz oder lang dauerhaft zu einer zweitklassigen zu werden droht.¹⁵³ Flexiblere Finanzierungsmöglichkeiten, wie die EU-Kommission sie anstrebt, bieten hier eine Chance, sowohl für öffentlich-rechtliche, insbesondere aber für private Fernsehveranstalter. Dabei darf das tatsächliche Konsumentenverhalten, das sich an der von Werbung durchsetzten sogenannten realen Umwelt orientiert, nicht außer Acht gelassen werden. Angesichts der technischen Neuerungen im audiovisuellen Bereich ist daher ein ständiger Abgleich der zulässigen Finanzierungsmöglichkeiten mit den neuen technischen Gegebenheiten erforderlich. Nur so ist Innovation und Bestehen im Wettbewerb auf internationaler Ebene zu sichern.

Andererseits steht die Sicherung der kulturellen Vielfalt und des Medienpluralismus sowie öffentlicher Interessen wie Verbraucherschutz und Einhaltung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages im Vordergrund.

Hinsichtlich des Verbraucherschutzes bedeutet ein abgestufter Schutz je nach Sendeformat jedoch keine Vernachlässigung verbraucherrechtlicher Interessen. Wie bereits dargelegt, besteht in einigen Sendeformaten im Vergleich zum Kinofilm oder wenn sich der Zuschauer einen Kinofilm auf DVD anschaut, kein erhöhtes Schutzbedürfnis mehr. Insgesamt geht das Gemeinschaftsrecht vom Leitbild eines „durchschnittlich informierten,“¹⁵⁴ neuere Rechtsprechung des EuGH geht sogar von einem „normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsbeobachter“ aus.¹⁵⁵ Eine Befragung des Instituts TNS Emnid im Auftrag der Programmzeitschrift „Auf einen Blick“, welche das Institut anlässlich der in Deutschland aufgetretenen Fälle von Schleichwerbung durchführte, untermauert dieses sich durchsetzende Leitbild vom „mündigen Verbraucher“. Gefragt wurde, ob der Verbraucher versteckt platzierte Produkte in Unterhaltungssendungen und Spielfilmen wirklich als solche bemerkt hat.¹⁵⁶ Die Studie ergab, dass der Hälfte der Deutschen Schleichwerbung in diesem Jahr nicht aufgefallen ist. Ein knappes

¹⁵³ So auch *Busch*, (Fn. 82), S. 715.

¹⁵⁴ *Köhler/Bornkamm*, (Fn. 76), § 1, Rdnr. 19 mit Verweis auf die einschlägige Rechtsprechungspraxis des EuGH, zuletzt Rs. C-44/01, Slg. 2003, I-3095 ff. (*Pippig Augenoptik/Hartlauer*).

¹⁵⁵ EuGH, Rs. C-104/01, Slg. 2003, I-3793 ff. (*Libertel Groep/Benelux-Merkenbureau*).

¹⁵⁶ Zusammenfassende Darstellung abrufbar unter <http://www.presseportal.de/story.htx?nr=70789&firmid=43108> (1.12.2005). Andererseits regte sich allgemeiner Protest in Deutschland anläss-

Drittel der Befragten meint, dass Produktplatzierungen zur Finanzierung teurer Sendungen und Filme erlaubt sein sollten. Der Verbraucher entscheidet demzufolge autonom, wie er mit Werbung umgeht, ob er eine Sendung abschaltet oder zu einem anderen Programm wechselt.

Alternativ ist zu überlegen, ob nicht klare Vorschriften auf europäischer Ebene – beispielsweise in Form von Richtlinien für erlaubtes *Product Placement* – und die ausdrückliche Aufnahme von *Product Placement* in den Katalog der Werbeformen ähnlich dem Sponsoring sinnvoll sind. Ähnlich den dort geregelten Vorschriften zur Darstellung des Erscheinens von Waren und Dienstleistungen kann der Umfang zulässigen *Product Placements*, insbesondere hinsichtlich der Finanzierung durch Dritte, aber auch in Bezug auf zeitliche Vorgaben sowie verbraucherrechtliche Bestimmungen (beispielsweise durch bestimmte Kennzeichnungsvorschriften für mit Produktplatzierungen finanzierte Sendungen) eindeutig festgelegt werden. Eine Kennzeichnung kann im Vor- oder Abspann erfolgen. Dabei wird jedoch teilweise befürchtet, dass die Erwähnung als positive Hervorhebung missverstanden werden und den gewünschten warnenden Effekt ins Gegenteil verkehren könnte.¹⁵⁷ Zu denken ist jedoch an eine Kennzeichnung vergleichbar dem amerikanischen Vorbild, wo Szenen, die *Product Placement* enthalten, durch Einblendung eines bestimmtem Logos kenntlich gemacht werden müssen.¹⁵⁸

Auf diese Weise kann eine Art „Legales *Product Placement*“ geschaffen und definiert werden, das nicht zu Wettbewerbsverzerrungen in den Mitgliedstaaten führt und eindeutig von verbotener Schleichwerbung abgegrenzt werden kann. Dieses Modell wird zum einen dem Interesse nach Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit gerecht, da der Schutz der Zuschauer vor Manipulation durch getarnte Werbung gewährleistet wird. Zum anderen ermöglicht es eine Refinanzierung der Fernsehsender in klar umrissenen Grenzen.

In einem weitergehenden Schritt kann man sogar daran denken, wie in anderen Bereichen des Handels auch, internationale Standards für *Product Placement* zu schaffen. Angesichts des unterschiedlichen Verständnisses werbefinanzierten Rundfunks in den USA und in Europa, erscheint dies derzeit freilich eher als hypothetische Überlegung. Nichtsdestotrotz kommt einem Modell der eingeschränkten Selbstregulierung, das die Schaffung europäischer Standards zum Ziel hat, möglicherweise eine Vorreiterrolle als erster Schritt zur Schaffung internationaler Standards zu.

lich von James Bond-Verfilmungen, in denen das offene *Product Placement* der Automarke BMW überhand nahm.

¹⁵⁷ Meyer-Harport, (Fn. 2), S. 133, 134.

¹⁵⁸ Meyer-Harport, (Fn. 2), S. 135, 136 unter Verweis auf § 317 a des Federal Communications Act, wonach für Fernsehveranstalter die Verpflichtung besteht, einen Programmteil während der Ausstrahlung als *paid or furnished* zu kennzeichnen, wenn *Product Placement* betrieben wird, es sei denn es handelt sich um kostenlos zur Verfügung gestellte Requisiten.

V. Schlussbemerkung

1. Zur deutschen Schleichwerbedebatte

Zu unterscheiden sind die aktuellen Verstöße gegen das Schleichwerbeverbot in Deutschland von der Diskussion um künftige Finanzierungsinstrumente für den Rundfunk. Eine Vermischung beider Gesichtspunkte, um damit die Ablehnung der Liberalisierung des Schleichwerbverbots wie die Kommission sie beabsichtigt zu begründen, ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Hinsichtlich der in Deutschland diskutierten Schleichwerbefälle kann man sich abschließend fragen: Was wäre nach der neuen Brüsseler Regelung noch Schleichwerbung?

Man muss wohl antworten: Eigentlich all das, was im Zuge des Skandals in Deutschland derzeit als solche kritisiert wurde, da eine Aufhebung oder Lockerung des Trennungsgebots nichts daran ändert, dass Produktplatzierungen kenntlich gemacht werden müssen. Das Kennzeichnungsgebot soll auch weiterhin Geltung beanspruchen und eine Kennzeichnung der Szenen, in denen Produkte platziert wurden oder eine Auflistung derselben im Vor- oder Abspann, ist nicht erfolgt. Diese Fälle dienen als Beispiel dafür, dass Transparenz nicht ausschließlich durch das Trennungsgebot zu gewährleisten ist.

2. Zur Liberalisierung des Schleichwerbverbots

Zusammenfassend ist festzustellen, dass ein Kompromiss zwischen Selbstregulierung und völliger Regulierung der Vorschriften zum *Product Placement* einen nicht unwahrscheinlichen und damit durchaus gangbaren Weg darstellt. Unabhängig davon, ob man dabei nach Sendeformaten oder nach öffentlich-rechtlichem oder privatem Rundfunk oder gegebenenfalls auch nach einer kombinierten Methode differenziert, muss eine wirksame Kontrolle durch Organe oder Einrichtungen sichergestellt werden. Ob die neu ins Leben gerufene ARD-Clearingstelle dies gewährleisten kann, bleibt abzuwarten.

Um die Refinanzierung durch Werbung zu ermöglichen, ist zunächst denkbar, neben der aufrechtzuerhaltenden Kennzeichnungspflicht das Trennungsgebot für Unterhaltungssendungen und Spielfilme im fiktionalen Bereich sowie im Sportbereich einzuschränken und es für bestimmte Sendungen im non-fiktionalen Bereich wie Gottesdienste, Nachrichten, Informationssendungen sowie an Kinder und Jugendliche gerichtete Sendungen aufrecht zu erhalten. Dann ist zu überlegen, ob durch Kennzeichnung ausschließlich den öffentlichen Interessen, die das Trennungsgebot schützt, Genüge getan werden kann.¹⁵⁹ Der Fernsehzuschauer als

¹⁵⁹ Siehe u.a. *Schulz*, (Fn. 147), S. 4.

Rezipient und Verbraucher muss weiterhin in der Lage sein, den Nachrichtenwert einer Sendung erkennen und die enthaltenen Informationen zur Grundlage seiner Konsumentenentscheidung machen zu können. Hierfür ist es von entscheidender Bedeutung, offen zu legen, ob Werbebotschaften enthalten sind oder ob es sich um neutrale Informationen wie beispielsweise Produktempfehlungen handelt.

Das vom Trennungsgebot geschützte gesellschaftliches Interesse, die journalistische und künstlerische Unabhängigkeit von der Werbeindustrie zu garantieren, muss gewährleistet werden, ebenso die Sicherung der freien Meinungsäußerung und die Integrität audiovisueller Werke. Andererseits ist eine Proklamation des Trennungsgrundsatzes ohne Berücksichtigung der wirtschaftlichen Existenzbedingungen der Medien nicht realistisch. Daher ist es notwendig, Regelungen zu finden, die diesen Bedingungen Rechnung tragen und gleichzeitig vor Übergriffen durch Werbung schützen. Das Fernsehen ist hier sicherlich besonders verletzlich. Daher muss in genau festgelegten Kategorien von Fernsehsendungen anhand klar definierter Kriterien bestimmt werden, welche Formen von *Product Placement* gesetzlich zulässig sind und wie diese zu kennzeichnen sind.

Ein weiteres Differenzierungskriterium ist die jeweilige Werbetechnik. Dies ist insbesondere bei den drei neuen Werbetechniken Split-Screen-Technik, virtuelle Werbung und interaktive Werbung der Fall, wo zum Beispiel im letzteren Fall der Verbraucher aktiv eingreift, um sich Werbemaßnahmen zugänglich zu machen, so dass zumindest hier von einer bewussten und mündigen Entscheidung ausgegangen werden kann, die keine restriktiveren Verbraucherschutzvorschriften erfordert als beispielsweise eine Kinovorführung.

Abschließend ist festzuhalten, dass eine Revision des Trennungsgebots sicherlich notwendig ist, um dem erhöhten Finanzbedarf insbesondere der privaten Fernsehsender, aber auch den technischen Neuerungen Rechnung zu tragen. In gewissen Grenzen als zulässig bestimmtes *Product Placement* stellt ein flexibles und zumindest zusätzliches Finanzierungsinstrument für den Rundfunk dar. Rechtssicherheit muss jedoch weiterhin gewährleistet sein, ebenso muss auf europäischer Ebene das Subsidiaritätsprinzip beachtet werden, das wiederum Raum für Modelle regulierter Selbstregulierung nach dem Ansatz der britischen *Advertising Association*¹⁶⁰ lässt. Rahmenregelungen können demnach vom Gemeinschaftsgesetzgeber, detaillierte ausfüllende Regelungen auf Ebene der Mitgliedstaaten durch die jeweils zuständigen Behörden geschaffen werden.

Bei einer völligen und uneingeschränkten Aufhebung des Trennungsgebots wäre sicher zu stellen, dass die betroffenen Interessen ausreichend geschützt blieben. Immerhin ist es den Mitgliedstaaten nach § 3 Abs. 1 Fernsehrichtlinie gestattet, in

¹⁶⁰ Siehe Fn. 146.

einzelnen Bereichen strengere als die in der Fernsehrichtlinie enthaltenen Bestimmungen zu erlassen.¹⁶¹

Über das in Kraft treten einer novellierten Richtlinie für Audiovisuelle Dienste kann derzeit lediglich spekuliert werden.¹⁶² Die Kommission hat angekündigt, dass die in Deutschland geäußerten Bedenken gegen eine Liberalisierung des Schleichwerbverbots in den Brüsseler Diskussionsprozess Eingang finden werden.¹⁶³ Dies spiegelt sich in der Medienberichterstattung wieder, die das Kommissionsvorhaben zunächst mit Schlagzeilen wie „EU will Schleichwerbung im TV erlauben“¹⁶⁴ oder sinngemäß, die EU wolle Schleichwerbung per Definition abschaffen¹⁶⁵ betitelte, während in der Folge dieser Vorstoß in Überschriften wie „EU-Entwurf für neue Fernsehrichtlinie läßt *Product Placement* in mehr Programmen zu“¹⁶⁶ wieder eingeschränkt wurde. Während *Product Placement* zunächst nur in Nachrichtensendungen, Reportagen und Dokumentationen verboten bleiben sollte, sind nun offenbar alle Bereiche außer Spielfilmen und Serien von der anvisierten Liberalisierung ausgeklammert, so der EU-Kommissionssprecher,¹⁶⁷ wenn auch eine Beschränkung auf fiktionale Fernsehinhalte dem englischsprachigen Textentwurf der Richtlinie wörtlich anscheinend nicht zu entnehmen ist.¹⁶⁸ Damit ist man in Europa vom amerikanischen Beispiel zwar noch weit entfernt, möglicherweise ist dadurch jedoch eine graduelle Entwicklung in diese Richtung eingeleitet worden. Anzunehmen ist jedenfalls, dass eine teilweise Liberalisierung für einzelne TV-Bereiche nach dem jetzigen Stand der Brüsseler Pläne künftig Wirklichkeit werden könnte.

¹⁶¹ Problematisch ist dann jedoch die Inländerdiskriminierung hiesiger Fernsehsender.

¹⁶² Laut Medienberichterstattung wird vermutet, dass dies nicht vor Herbst 2007 der Fall sein wird (Fn. 46).

¹⁶³ So EU-Kommissionssprecher *Selmayr*, Statements und Ergebnisse des IQ-Herbstforums, abrufbar unter <http://www.djv.de/downloads/diskussion3-Werbung%20ohne%20Grenzen.pdf> (25.11.2005).

¹⁶⁴ So beispielsweise die Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv), http://www.vzbv.de/start/index.php?page=presse&bereichs_id=themen_id=&mit_id=580&task=mit (1.12.2005).

¹⁶⁵ FAZ v. 27.7.2005, Nr. 172, S. 38.

¹⁶⁶ So Die Welt v. 11.11.2005, <http://www.welt.de/data/2005/11/11/801658.html> (25.11.2005).

¹⁶⁷ Siehe Fn. 46.

¹⁶⁸ So epd medien Nr. 89 v. 12.11.2005 (Fn. 46). Der Entwurf soll laut EU-Kommissionssprecher *Selmayr* voraussichtlich im Dezember 2005 veröffentlicht werden (Fn. 46).