

# Werbemarktregulierung im Spannungsfeld der Regulierung der Europäischen Union und der Bundesländer

*Anne Paschke und Christian Krebs*

Der Werbemarkt befindet sich durch die sozialen Medien und die aktuelle Werbemarktregulierung in einer Transformation. Nachdem Werbung früher meist regional durch Print- oder lokal empfangbare Fernseh- und Radiomedien verbreitet wurde, führten die Entwicklung des Satellitenfernsehens<sup>1</sup> und später des Internets<sup>2</sup> zu einer Internationalisierung des Werbemarktes.

Vom täglichen Konsumverhalten bis zur Stimmabgabe bei Wahlen<sup>3</sup> zielt Werbung auf die Lenkung des Handelns des Verbrauchers ab. Sie kann einen erheblichen Einfluss auf Verbraucher/Rezipienten ausüben. Ihre Wirkung wird dadurch verstärkt, dass in der digitalen Gesellschaft auf Basis von individuellen Werbeprofilen<sup>4</sup> Direktwerbung persönlich zugeschnitten werden kann (sog. Microtargeting).<sup>5</sup> Verstärktes persönliches Targeting ist für Werbetreibende zunehmend interessant, um Streuverluste bei der Werbewirkung zu minimieren. Insbesondere vulnerable Gruppen wie Kinder können durch entsprechende Werbebotschaften verleitet werden.<sup>6</sup>

Die Europäische Union hat daher zum Schutz von Verbrauchern und zur Harmonisierung des Binnenmarktes im Laufe der Jahre verschiedene Regelungen erlassen.<sup>7</sup> Während die EU in der Vergangenheit den Mitgliedstaaten über Richtlinien einen Spielraum bei der nationalen Umsetzung einräumte, hat der europäische Gesetzgeber in dieser Legislaturperiode

---

1 Stelzer, Internationale Werbung in supranationalem Fernsehprogrammen, Wiesbaden 1994, S. 2.

2 Okazaki/Lin, Handbook of Research on International Advertising, Cheltenham 2012, S. 284.

3 Chaos Computer Club, Stellungnahme zu Wahlbeeinflussung und Meinungsmanipulation, <https://www.ccc.de/de/updates/wahlbeeinflussung-und-meinungsmanipulation>.

4 Eckhardt, DSK: Orientierungshilfe Direktwerbung – mehr als nur eine aktuelle Fortsetzung, ZD 2022, 307, 309.

5 Ebers, Beeinflussung und Manipulation von Kunden durch Behavioral Microtargeting, MMR 2018, 423.

6 Gerecke, Werbung gegenüber Kindern und Jugendlichen, NJW 2015, 3185.

7 Vgl. die Ausführungen unter 2.

über Verordnungen eine Harmonisierung der Medien- und damit auch der Werbemarktregulierung eingeführt. Hieraus ergeben sich verschiedene Zuständigkeits- und Folgefragen in Bezug auf die nationale Medienregulierung.

## I. Zuständigkeit für die Regulierung des Werbemarktes in Medien

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gem. Art. 5 EUV darf die Europäischen Union nur gesetzgeberisch tätig werden, sofern sie eine entsprechende Handlungskompetenz besitzt.<sup>8</sup> Die Zuständigkeiten der Union leiten sich aus den Kompetenzen ab, die die Mitgliedstaaten auf die EU übertragen haben<sup>9</sup> (vgl. Art. 23 GG) und werden im EU-Primärrecht, insb. in Art. 3 ff. AEUV näher benannt. Nach Art. 3 AEUV kommt der Union nur dann die ausschließliche Zuständigkeit für die Regulierung des Werbemarktes zu, wenn die Einführung von Wettbewerbsregeln für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich sind (Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV) oder eine gemeinsame Handelspolitik (Art. 3 Abs. 1 lit. d AEUV) angestrebt wird. Eine nach Art. 4 AEUV geteilte Zuständigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten und der Union besteht im Zusammenhang mit dem Binnenmarkt sowie dem Verbraucherschutz. Stützt sich die Union bei ihren Legislativvorhaben auf Art. 6 AEUV, z.B. für die Regulierung von Kultur, darf sie nur tätig werden, um die Maßnahmen der Mitgliedsstaaten zu unterstützen, koordinieren oder ergänzen.

Für ihre Werbemarktregulierung beruft sich die Union daher häufig auf Art. 3 Abs. 1 lit. b (erforderlichen Wettbewerbsregeln) AEUV oder Art. 4 Abs. 2 lit. a (Binnenmarkt) und lit. f (Verbraucherschutz) AEUV.<sup>10</sup> Der Werbemarkt ist jedoch weitgehend originärer Bestandteil von klassischen und modernen Medien, daher muss in diesem Zusammenhang auch die Reichweite der Zuständigkeit der Medienregulierung der Europäischen Union betrachtet werden. Die Gesetzgebungskompetenz über Medien befindet sich in einem Spannungsverhältnis zwischen der EU und den Mitgliedstaaten.<sup>11</sup> Dieses Spannungsverhältnis setzt sich teilweise aufgrund föderaler

---

8 Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair/Geiger/Kirchmair, 7. Aufl. 2023, Art. 5 EUV, Rn. 3.

9 Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair/Geiger/Kirchmair, 7. Aufl. 2023, Art. 5 EUV, Rn. 3.

10 Vgl. u.a. COM/2022/457 final, S. 9.

11 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Ukrow/Ress, 80. EL August 2023, AEUV Art. 167, Rn. 32-38.

Strukturen in den Mitgliedstaaten fort.<sup>12</sup> In Deutschland besteht somit die Besonderheit, dass die Kompetenz für die Medienregulierung und damit auch die Regulierung der Werbung in Medien originär bei den Ländern liegt. Die Medienfreiheit verfügt sowohl in der Union als auch in Bund und Ländern über ein hohes Schutzniveau. So wird die Medienfreiheit als Teil der Menschenrechte, der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie gem. Art. 2 EUV direkt als Grundwert der Europäischen Union angesehen. Mit der Anerkennung der Rechte, Freiheiten und Grundsätze der Charta der Grundrechte der Europäischen Union gem. Art. 6 EUV erkennt die EU die Bedeutung der Freiheit der Medien und ihrer Pluralität gem. Art. 11 EU-GRCH an. Davon unabhängig darf die Union wiederum nur tätig werden, soweit sie über eine entsprechende Kompetenz verfügt.<sup>13</sup>

## 1. Medien zwischen Kultur- und Wirtschaftsregulierung

Generell obliegt die Medienregulierung den Mitgliedstaaten.<sup>14</sup> Eine Grundlage für die Schaffung des Spannungsverhältnisses durch die europäische Rechtssetzung liegt in der Doppelnatürlichkeit der Medien als Kultur- und Wirtschaftsgut.<sup>15</sup> In Deutschland bildet sich diese Doppelnatürlichkeit durch die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit ab, die einerseits als institutionelle Garantie eine positive Ordnung verlangt, welche sicherstellt, dass der Rundfunk die ihm zukommende Aufgabe für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung erfüllt,<sup>16</sup> andererseits aber auch ein subjektives Grundrecht enthält.<sup>17</sup>

Für Medien als Kulturgut liegt die Regelungshoheit bei den Mitgliedstaaten.<sup>18</sup> Die EU hat hier die Aufgabe, die Kulturen der Mitgliedstaaten und die nationale und regionale Vielfalt zu fördern (Art. 167 Abs. 1 AEUV). Hierbei

---

12 BeckOK *InfoMedienR/Martini*, 42. Ed. 1.11.2021, MStV § 1, Rn. 3.

13 Ory, Medienfreiheit – Der Entwurf eines European Media Freedom Act, ZRP 2023, 26, 28 f.

14 Amsterdamer Protokoll, Official Journal C 321 E, 29/12/2006 P. 0313 – 0313; Rofß, European Media Freedom Act und Kernfragen der europäischen Integration, EuR 2023, 450, 455.

15 Burggraf/Gerlach/Wiesner, Europäische Medienregulierung im Spannungsfeld zwischen EU- und mitgliedstaatlichen Kompetenzen, *Media Perspektiven* 2018, 496, 496; Knodel, Medien und Europa, Baden-Baden 2018, S. 28 f.

16 Vgl. BVerfGE 57, 295, 320.

17 Vgl. Hömig/Antoni, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar, 10. Aufl., Art. 5 Rn. 19.

18 Calliess/Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 167 AEUV, Rn. 1.

hat die EU das Recht, nach Art. 6 lit. c AEUV Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung und Ergänzung der nationalstaatlichen Maßnahmen zu treffen. Die Wortwahl „Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen“ gibt der EU keine allgemeine Kompetenz im Bereich der Kultur Richtlinien und Verordnungen zu erlassen, insbesondere, keine Harmonisierung zu begründen.<sup>19</sup> Vielmehr soll sich die EU im Rahmen ihrer Tätigkeiten auf Maßnahmen mit geringer Eingriffsintensität wie z.B. finanzielle Hilfe, Koordinierung der Zusammenarbeit der Verwaltung oder Vergabe von Pilotprojekten beschränken.<sup>20</sup> Mithin ist die Kompetenz der EU insoweit beschränkt, woraus jedoch nicht folgt, dass sie keine Regulierungen erlassen darf, die Einfluss auf die Kultur der Mitgliedstaaten hat.<sup>21</sup> Die Querschnittsklausel (Art. 167 Abs. 4 AEUV) bestimmt lediglich, dass bei Tätigkeiten auf Basis von anderen Ermächtigungen kulturelle Aspekte der Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden sollen.<sup>22</sup> Dies stellt ein Rücksichtnahmegebot dar, sodass Regelungen aufgrund anderer Bestimmungen zur Wahrung und Förderung der Vielfalt der Kulturen beizutragen haben.<sup>23</sup>

Soweit Medien als Wirtschaftsgut betrachtet werden, sind diese als Dienstleistungen gem. Art. 56 AEUV zu verorten.<sup>24</sup> In diesem Zusammenhang hat die Union bereits Richtlinien gem. Art. 53 AEUV, z.B. die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste<sup>25</sup>, erlassen. In neueren Vorhaben begründet die EU den Erlass einer Verordnung über Medien auf ihrer Verordnungskompetenz zur Regelung des Binnenmarktes gem. Art. 114 AEUV. Besondere Aufmerksamkeit hat hier der Vorschlag des European Media Freedom Acts erlangt.<sup>26</sup>

---

19 *Calliess/Ruffert*, 6. Aufl. 2022, Art. 2 AEUV, Rn. 23; Knodel, „Medien und Europa“, Baden-Baden 2018, S. 112.

20 *Calliess/Ruffert*, 6. Aufl. 2022, Art. 2 AEUV, Rn. 26; Knodel, „Medien und Europa“, Baden-Baden 2018, S. 112.

21 *Kraetzig*, „Europäische Medienregulierung – Freiheit durch Aufsicht“, NJW 2023, 1485, Rn. 7.

22 *Callies/Ruffert/Blanke*, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 167, Rn. 16.

23 *Groeben, von der/ Schwarze/Frank Fechner*, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 167, Rn. 38.

24 EuGH, Urt. v. 30.04.1974 – 155/73, GRUR Int. 1974, 297, 299; EuGH, Urt. v. 18.03.1980 – 52/79, GRUR Int. 1980, 608; *Gloy/Loschelder/Danckwerts*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2019, § 68 Rn. 49.

25 RL (EU) 2010/13.

26 COM(2022) 457 final.

b) Auflösung dieses Spannungsverhältnisses nach der Rechtsprechung des EuGH

Zur Auflösung des Spannungsverhältnisses der Medien zwischen Kultur- und Wirtschaftsgut muss geprüft werden, ob die fragliche Regelung darauf abzielt, die wirtschaftlichen oder die kulturellen Aspekte der Medien zu regeln. Der EuGH hat mittels seiner Entscheidungen zur Tabak-Werbung diese Abgrenzung verdeutlicht.<sup>27</sup>

Die EU hatte in der Vergangenheit mehrere Anläufe unternommen, um eine unionsweite Regelung zur Tabakwerbung zu erstellen.<sup>28</sup> Die erste Tabakrichtlinie<sup>29</sup> wurde durch den EuGH als nichtig verworfen, da der Schwerpunkt der Richtlinie das Ziel Gesundheitsschutz verfolgte<sup>30</sup>, und gerade nicht die Regulierung des Binnenmarktes. Wie die Kultur gem. Art. 167 AEUV ist auch die mitgliedstaatliche Kompetenz zur Regulierung des Gesundheitswesens gem. Art. 168 AEUV (vormals Art. 152 EGV) primärrechtlich gesichert. Eine erneute Regulierung von Tabakerzeugnissen<sup>31</sup> wurde hingegen als rechtmäßig anerkannt, da diese einen Fokus auf den Handel im Binnenmarkt von Werbeerzeugnisse gelegt hat<sup>32</sup>. Diese Überlegungen können auch als Grundlage für die Medienregulierung durch die Union herangezogen werden.

Die Kompetenz der Union zur Regulierung von Medien ist erneut mit dem Vorschlag für den „European Media Freedom Act“<sup>33</sup> in die Diskussion geraten.<sup>34</sup> Die EU-Kommission verweist in ihrem Entwurf dieser Verordnung auf Art. 114 AEUV zur Regulierung des Binnenmarktes.<sup>35</sup> In der weiteren Begründung wird jedoch angeführt, dass die Vorschriften die fragmentierten Regulierungsansätze in Bezug auf Medienpluralismus und

---

27 EuGH, Urt. v. 5.10.2000 – C-376/98, GRUR Int 2001, 41; EuGH, Urt. v. 12.12.2006 – C-380/03, NVwZ 2007, 561.

28 RL 98/43/EG; RL 2003/33/EG.

29 RL 98/43/EG.

30 EuGH, Urt. v. 5.10.2000 – C-376/98, GRUR Int 2001, 41.

31 RL 2003/33/EG.

32 EuGH, Urt. v. 12.12.2006 – C-380/03, NVwZ 2007, 561.

33 COM/2022/457 final.

34 U.a. Grünwald, Der European Media Freedom Act, MMR 2022, 919; Ory, Medienfreiheit – Der Entwurf eines European Media Freedom Act, ZRP 2023, 26; Roß, European Media Freedom Act und Kernfragen der europäischen Integration, EuR 2023, 450.

35 COM/2022/457 final, S. 9.

redaktionelle Unabhängigkeit harmonisieren sollen.<sup>36</sup> Dies stellt aber nach *Roß* gerade keine Regelung des Binnenmarktes dar, sondern einen direkt gezielten Eingriff in die kulturellen Aspekte der Medien.<sup>37</sup> Insoweit besteht keine Kompetenz der Union zur Regelung dieses Sachverhalts. Das rechtliche Spannungsverhältnis der Medien zwischen Kultur- und Wirtschaftsgut bezieht sich jedoch nicht nur auf die Frage, ob die Union einen vollständigen Rechtsakt dieser Harmonisierung widmen darf, sondern betrifft im Kleinen auch die Kompetenzfrage für einzelne Normen in Rechtsakten der Union mit originär anderer Zielrichtung.

## 2. Werbemarktregulierung durch die Europäische Union

Die Union hat in den letzten Jahren einen Rechtsrahmen für den Werbemarkt über Richtlinien und zunehmend auch Verordnungen geschaffen. In seiner jüngsten Verordnung zur Harmonisierung des Binnenmarktes für digitale Dienste fokussiert sich der EU-Gesetzgeber auf größere Unternehmen und Plattformbetreiber, um Mindeststandards für Online-Werbung zu implementieren. Die frühere Werbemarktregulierung der Union normiert in Richtlinien Zielsetzungen, die von den Mitgliedstaaten national umgesetzt und in Bezug auf die bestehende Medienregulierung ausgerichtet wurden. Der Digital Services Act stellt nun im Gegensatz dazu bindendes Recht dar, sodass die Mitgliedstaaten diese direkt anzuwenden haben.

### a) Regulierung von Werbung durch den Digital Services Act

Mit dem Digital Services Act (DSA) oder auch Verordnung über einen Binnenmarkt für digitale Dienste<sup>38</sup> haben am 17.02.2024 neue Regelungen im Zusammenhang mit der Online-Kommunikation Geltung erlangt. Der DSA reguliert Vermittlungsdienste (Art. 3 lit. g DSA), also Dienstleister, die Daten entweder durchleiten, Caching-Leistungen erbringen oder Inhalte hosten, und regelt deren Haftung für rechtswidrige Inhalte (Kapitel II des DSA), die im Rahmen ihrer Dienstleistungen übermittelt werden.

---

36 COM/2022/457 final, S. 9.

37 *Roß*, European Media Freedom Act und Kernfragen der europäischen Integration, EuR 2023, 450, 458 f.

38 VO (EU) 2022/2065.

Online-Medien werden insbesondere aufgrund ihres Hostings von Inhalten Dritter mit dieser Verordnung adressiert. Im Gegensatz zu den klassischen Medien, bei denen durch den redaktionellen Prozess eine direkte Kontrolle über die veröffentlichten Inhalte besteht, können über Online-Plattformen weitgehend unkontrolliert Inhalte hochgeladen und geteilt werden. In dieser Hinsicht besteht eine erhebliche Gefahr für die Verbreitung illegaler Inhalte. Der DSA beinhaltet eine Haftungsbefreiung für Hosting-Dienste (Art. 6 DSA), soweit diese von den rechtswidrigen Inhalten keine Kenntnis haben und wenn diese Inhalte nach Kenntniserlangung zügig gesperrt oder entfernt werden (Notice and Takedown-Verfahren)<sup>39</sup>. Der DSA beinhaltet keine Pflicht zur eigenständigen Suche nach rechtswidrigen Inhalten (Art. 8 DSA), enthält aber bei eigenständigem Auffinden von diesen eine Haftungsbeschränkung (Art. 7 DSA), soweit die Inhalte daraufhin gelöscht werden („Guter-Samariter-Privileg“).<sup>40</sup>

Der DSA beinhaltet verschiedene Vorgaben zur Setzung eines Rahmens für Werbung auf Online-Plattformen. Nach Art. 3 lit. r DSA ist „Werbung“ als Information zu werten, die dazu bestimmt ist, die Botschaft einer juristischen oder natürlichen Person zu verbreiten, unabhängig davon, ob damit gewerbliche oder nichtgewerbliche Zwecke verfolgt werden, und die von einer Online-Plattform auf ihrer Online-Schnittstelle gegen Entgelt speziell zur Bekanntmachung dieser Information dargestellt wird. Art. 26 Abs. 1 DSA regelt, welche Informationen die Online-Plattformen im Rahmen von Werbung zugänglich machen müssen: d.h. (lit. a) die Tatsache, dass es sich um Werbung handelt; (lit. b) die Person, in deren Name die Werbung gezeigt wird; (lit. c) wer die Werbung finanziert hat. Zudem sollen weitergehende aussagekräftige Parameter der Werbung direkt und leicht zugänglich gemacht werden (lit. d). Art. 26 Abs. 2 DSA verlangt darüber hinaus, dass Online-Plattformen es ermöglichen, dass Nutzer ihre eigene kommerzielle Kommunikation als solche kennzeichnen können. Soweit der Nutzer erklärt, dass seine Inhalte entsprechende Werbung darstellen, muss der Betreiber in Echtzeit eindeutig und durch hervorgehobene Kennzeichen die Posts als Werbung markieren. Art. 26 Abs. 3 DSA zielt zuletzt auf den Schutz von Nutzern gegen invasive Werbung ab, indem er verbietet, dass

---

39 ErwGr. 52 DSA; NK-DSA/Raue, DSA Art. 16, Rn. 1.

40 Raue/Hessen, Der Digital Services Act, NJW 2022, 3537, Rn. 15; Spindler, Die Zukunft des europäischen Haftungsrechts für Internet-Provider – der Digital Services Act, MMR 2023, 73, 77.

Werbung auf Basis von Profiling unter Verwendung besondere Kategorien von personenbezogenen Daten (vgl. Art. 9 Abs. 1 DSGVO) angezeigt wird.

Art. 27 DSA normiert die Transparenz von Empfehlungssystemen. So weit ein derartiges System verwendet wird, müssen in den AGB der Plattform die wichtigsten Parameter erkennbar sein, nach dem das System die Auswahl trifft. Art. 28 Abs. 2 DSA schließt Werbung auf Basis von Profiling unter Verwendung von jeglichen personenbezogenen Daten aus, soweit die betroffenen Nutzer vermutlich minderjährig sind.

Art. 39 DSA erweitert die Transparenzpflichten für Online-Werbung von großen Online-Plattformen. Diese Plattformen müssen ein leicht zugängliches Archiv erstellen. Das Archiv muss für das letzte Jahr wichtige Parameter für angezeigte Werbung abspeichern, u.a. den Inhalt und die Art der Werbung, von wem die Werbung stammt und wer sie bezahlt hat, den Zeitraum der Anzeige und die Zielgruppe im Falle von personalisierter Werbung, die von Nutzern hochgeladene kommerzielle Kommunikation, sowie die Gesamtzahl der erreichten Nutzer.

Art. 46 DSA enthält eine Anweisung an die Kommission, die Erstellung von Verhaltenskodizes für Online-Plattformen und anderen einschlägigen Diensteanbietern zu fördern.

Die zuvor genannten Regelungen haben unterschiedliche Adressaten. Die generellen Regelungen für Online-Werbung (Art. 26 – 28 DSA) adressiert gem. Art. 19 Abs. 1 DSA alle Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft, die nicht Klein- oder Kleinstunternehmer sind (also mehr als 50 Mitarbeiter oder mehr als 10 Mio. EUR Jahresumsatz haben). Letztere sind somit aus dem Anwendungsbereich des DSA bezüglich der Regulierung von Werbung ausgenommen.

Die Regelung des Art. 39 DSA zielt gem. Art. 33 DSA auf sehr große Online-Plattformen und sehr große Online-Suchmaschinen ab. Ein derartig großer Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft ist gegeben, so weit gem. Art. 33 Abs. 1 DSA durchschnittlich mehr als 45 Millionen aktive Nutzer aus der Union den Dienst nutzen. Art. 46 DSA hat zwei Adressaten. Zum einen stellt die Norm eine Aufforderung an private Anbieter von Online-Plattformen dar, Verhaltenskodizes zu entwickeln, zum anderen hält es die Kommission dazu an, die privaten Anbieter dabei zur fördern und die Ausarbeitung zu erleichtern.

b) Weitere Rechtsakte der Union zur Begrenzung des Werbemarktes

Die durch den DSA teilweise abgelöste E-Commerce-Richtlinie (vgl. ErwGr. 1 DSA) enthält auch verschiedene Normen zur Werbemarktregulierung. Hierdurch hat der europäische Gesetzgeber eine Angleichung der Regularien für den elektronischen Geschäftsverkehr veranlasst, welche ebenso digitale Medien betrifft. Die Richtlinie adressiert lineare Medien damit nur, wenn diese online zur Verfügung gestellt werden, z.B. durch Internet-TV oder Streams auf Videoplattformen. Ebenfalls werden Inhalte erfasst, soweit sie nach Ausstrahlung durch nicht-lineare Systeme (z.B. Mediathek, YouTube) zur Verfügung gestellt werden. Die Richtlinie reguliert die kommerzielle Kommunikation, also jede Art der Kommunikation, die unmittelbar oder mittelbar der Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder dem Image eines Unternehmens dient und damit auch als Werbung zu verstehen ist.<sup>41</sup> Nach Art. 6 der E-Commerce-RL muss kommerzielle Kommunikation eindeutig als solche erkennbar und der Ursprung der Kommunikation identifizierbar sein. Soweit Angebote beworben werden, müssen diese zudem leicht zugänglich sein sowie klar und unzweideutig angegeben werden.

Das Verhältnis des DSA zur E-Commerce-RL in Bezug auf Werbung wird im ErwGr. 68 DSA näher erörtert. Hiernach sollen die Regeln des DSA ergänzend zu den Anforderungen des Art. 6 E-Commerce-RL wirken. Die Normen ergänzen sich somit. Hierfür spricht auch die unterschiedliche Zielrichtung der Normen. Die E-Commerce-RL reguliert „kommerzielle Kommunikation“, welche alle Arten der Kommunikation zur Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen beinhaltet. Der DSA hingegen reguliert Werbung als Botschaft mit gewerblichem oder nicht-gewerblichem Zweck, welche gegen Entgelt speziell zur Bekanntmachung von Informationen dargestellt wird. Zwar besteht zwischen den beiden Arten der Kommunikation eine Schnittmenge, die Normen haben aber einen separaten Anwendungsbereich, der es ihnen erlaubt, parallel zueinander zu existieren.

Weitere Vorschriften zur Regulierung des Werbemarktes finden sich in der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL)<sup>42</sup>. Diese Richtlinie adressiert sowohl das klassische über Funk oder Kabel übertragene Fernsehprogramm als auch Online-Medien. Diese Richtlinie hat

---

41 Siehe Legaldefinition in Art. 2 lit. f der E-Commerce-Richtlinie.

42 RL 2007/65/EG.

mehrere Zielrichtungen. Zum einen wird die Zulassung von europäischen audiovisuellen Mediendiensten zu anderen Märkten im Binnenmarkt geregelt und unter welchen Voraussetzungen der Zugang verwehrt werden kann. Zum anderen definiert die Richtlinie technische Mindeststandards für Mediendienstleister, z.B. die Erfüllung von Voraussetzungen, um Hörgeschädigten oder Sehbehinderten den Zugang zu den Medien zu eröffnen. Als Teil der technischen Mindeststandards werden auch jugendschützende Maßnahmen geregelt. Des Weiteren wird der Inhalt von Werbung in den betroffenen Medien, u.a. Online Medien, reguliert (vgl. Art. 9 ff. AVMD-RL), z.B. das Verbot von Schleichwerbung, die Untersagung oder Begrenzung von Werbung für Alkohol, Tabak und verschreibungspflichtige Medikamente. Die in Art. 9 ff. AVMD-RL normierten Vorgaben für Werbung bzw. in Art. 19 ff. AVMD-RL enthaltenen Regelungen für Fernsehwerbung und Teleshopping wurden im Telemediengesetz des Bundes (TMG)<sup>43</sup> sowie dem Medienstaatsvertrag (MSfV) der Länder national umgesetzt.

Die European Convention on Transfrontier Television ist ein völkerrechtlicher Vertrag, welcher die Regelung des Vorgängers der AVMD-RL auch auf Medienanbieter außerhalb der Union ausweitete, die in der EU tätig sind.<sup>44</sup> Eine Anpassung des Vertrages auf das neue Regelungsregime ist jedoch bisher noch nicht erfolgt.<sup>45</sup> Für EU-Mitgliedstaaten ist der Vertrag subsidiär.

Der Digital Markets Act (DMA)<sup>46</sup> adressiert digitalen Märkte, in denen „Torwächter“ als zentrale Plattformdienste eine Monopolstellung innehaben. Nach Art. 3 Abs. 1 DMA wird ein Unternehmen als Torwächter benannt, wenn es erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt hat, einen zentralen Plattformdienst bereitstellt, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient, und hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder absehbar ist, dass es eine solche Position in naher Zukunft erlangen wird. Diese Verordnung enthält auch eine Werberegulierung, wenn Torwächter involviert sind. Fungieren diese als Medienanbieter oder erreichen andere Medienanbieter über die Plattformen der Torwächter eine breite Öffentlichkeit, enthält der DMA

---

43 Dieses Gesetz wurde am 17.02.2024 durch das Digitale Dienste Gesetz (DDG) abgelöst.

44 Spindler/Schuster/Brings-Wiesen, Rechte der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Rn. 6.

45 Spindler/Schuster/Brings-Wiesen, Rechte der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Rn. 6.

46 VO (EU) 2022/1925.

verschiedene Vorgaben. Art. 5 Abs. 2 lit. a, Abs. 4 und 10 DMA enthalten Pflichten für Torwächter im Zusammenhang mit dem Betrieb von Online-Werbediensten. So muss der Torwächter nach Art. 5 Abs. 10 DMA jedem Herausgeber, dem er Online-Werbedienste erbringt, Informationen über die erbrachten Leistungen täglich kostenlos zur Verfügung stellen. Art. 6 Abs. 5 DMA schränkt die eigenen Werbetätigkeiten von Torwächtern ein. So dürfen Torwächter, soweit sie ein Ranking für Dienstleistungen und Produkte angeben, ihre eigenen Dienstleistungen und Produkte nicht bevorzugen, sondern müssen die Bewertung nach transparenten, fairen und diskriminierungsfreien Kriterien ausrichten. Zudem müssen die Torwächter die notwendigen Daten bereithalten, mit denen Herausgeber sowie Werbetreibenden eine eigene Reichweitenmessung durchführen können, Art. 6 Abs. 8 DMA.

Mit der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung<sup>47</sup> soll der Wettbewerb mit einer Regulierung zu Werbeinhalten geschützt werden. Die Richtlinie stellt insbesondere ein Verbot und Bewertungskriterien für verbotene irreführende Werbung (solche, die Zielgruppen täuscht oder zum Täuschen geeignet ist, und dadurch das wirtschaftliche Verhalten beeinflusst oder Mitbewerber schädigt oder hierfür geeignet ist) und Bewertungskriterien für vergleichende Werbung (solche, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder dessen Erzeugnisse oder Dienstleistungen erkennbar macht) auf. Die entsprechenden Vorgaben sind im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) in Deutschland umgesetzt worden.

Weitere werberelevante Vorschriften finden sich in der Richtlinie über Werbung und Sponsoring von Tabakerzeugnissen<sup>48</sup>. Die Richtlinie verbietet den Großteil der Tabakwerbung. Soweit die Werbung für den Binnenmarkt gedacht ist, darf diese nur als Druckerzeugnis an gewerbliche Verkäufer von Tabakwaren gerichtet sein, also nicht an die Endverbraucher. Ebenfalls ist das Sponsoring von Tabakherstellern in Medien nicht gestattet.

Die ePrivacy-Richtlinie<sup>49</sup> beinhaltet vorrangig Regelungen zum Umgang mit personenbezogenen Daten in der elektronischen Kommunikation. Allerdings geht mit dieser Regulierung auch eine mittelbare Werbemarktregulierung einher. Besondere Bedeutung hat die ePrivacy-RL im Zusammenhang mit den sogenannten „Cookie-Banner“ gewonnen, da sie vorschreibt, dass das Speichern von Daten auf Endgeräten (z.B. über

---

47 RL 2006/114/EG.

48 RL 2003/33/EG.

49 RL 2002/58/EG.

„Cookies“) einer Einwilligung des Nutzers bedarf, soweit diese technisch nicht notwendig sind. Nach Art. 13 der Richtlinie muss ferner für automatisierte Kontaktaufnahmen zum Zwecke der Direktwerbung eine vorherige Einwilligung erteilt worden sein. Soweit ein Werbetreibender die Kontaktinformationen eines Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produktes oder einer Dienstleistung empfangen hat, darf er diese ebenfalls zur Direktwerbung nutzen, solange dem Kunden klar und deutlich die Möglichkeit gegeben wird, die Nutzung seiner elektronischen Kontaktinformationen für Werbung kosten- und problemlos abzulehnen. Die Richtlinie verbietet zudem Direktwerbung, wenn die Identität des Absenders verschleiert oder verheimlicht wird. Die Vorgaben der ePrivacy-RL sind in Deutschland im TDDDG umgesetzt.<sup>50</sup>

### c) Geplante Rechtsakte der Union mit Auswirkungen auf den Werbemarkt

Mit dem European Media Freedom Act (EMFA)<sup>51</sup> adressiert die Union eine Harmonisierung der nationalen Medienregulierungen. Insbesondere soll der EMFA die Diversität und Vielfalt der Medienlandschaft in Europa schützen<sup>52</sup>. Daher sieht der Entwurf dieser Verordnung Zugangsrechte für Medien zu europäischen Märkten vor. Darüber hinaus beinhaltet der Verordnungsentwurf die Vereinheitlichung der Freiheiten der Mediendienstbieter, z.B. durch Schutz gegen Einflüsse auf redaktionelle Strategien, gegen Ausspähungen und anderen Einflussnahmen. Ferner enthält der Entwurf zum EMFA die Pflicht, unabhängige Medienaufsichtsbehörden innerhalb der Mitgliedstaaten zu gründen, sowie die Etablierung eines europäischen Gremiums für Mediendienste. Dieser Rechtsakt wird erheblich kritisiert, da der Schwerpunkt der Regelungen nicht in der Regulierung des Zugangs der Medien zum Binnenmarkt gesehen wird, sondern vielmehr als eine gesetzliche Maßnahme gewertet wird, die außerhalb der Kompetenzen der Union liegt und in die mitgliedstaatliche Kompetenz der Medienregulierung ein-

---

<sup>50</sup> Das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) vom 23.6.2021 (BGBl. I S. 1982; 2022 I S. 1045) wurde mit dem Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 in Telekommunikation-Digitale-Dienste-Datenschutz-Gesetz (TDDDG) umbenannt.

<sup>51</sup> COM(2022) 457 final.

<sup>52</sup> COM(2022) 457 final, S. 3.

greift.<sup>53</sup> Als werbespezifische Regelung beinhaltet der Verordnungsentwurf Regelungen zu staatlichen Werbeaussagen. So wird in Art. 2 Nr. 15 EMFA-E der Begriff staatliche Werbung legaldefiniert. Darüber hinaus werden in Art. 24 EMFA-E Kriterien für die Werbung bei Mediendiensteanbietern durch Behörden bzw. öffentliche Stellen aufgestellt. Die erhaltenen öffentlichen Mittel oder Vorteile im Austausch für Werbung sind nach transparenten, objektiven, verhältnismäßigen und nicht-diskriminierenden Kriterien zu vergeben. Diese Maßgabe soll neben die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge treten.<sup>54</sup>

Ein weiteres aktuelles Regulierungsvorhaben der Europäischen Union betrifft den Verordnungsentwurf über die Transparenz und das Targeting politischer Werbung.<sup>55</sup> Dieser Verordnungsentwurf hat das Ziel Mindeststandards für politische Werbung aufzustellen. In diesem Zusammenhang werden Transparenzpflichten für Dienstleister für politische Werbung aufgestellt. Er harmonisiert zudem Regelungen zum Einsatz von Targeting und Amplifizieren von politischen Werbebotschaften unter Nutzung von personenbezogenen Daten. So müssen Werbetreibende den Einsatz und die Methodik hinter der personalisierten Werbung dokumentieren und für die betroffene Person zugänglich machen. Ferner soll künftig die Aufbewahrung von Informationen über geleistete politische Werbedienstleistungen und die Erkennbarkeit von politischen Anzeigen und deren Hintergründe verlangt werden. Zudem soll mit der Verordnung ein Mechanismus zur Meldung von unzulässigen politischen Anzeigen und Zuständigkeiten für deren Verfolgung festgelegt werden.

### 3. Nationale Werbemarktregulierung

Die nationale Werbemarktregulierung wird in Bezug auf Werbung in UWG und TMG bzw. im DDG, welches den DSA national umsetzt und insbesondere im Medienstaatsvertrag der Länder (MStV) festgelegt. Der Medienstaatsvertrag hat im Jahr 2020 den Rundfunkstaatsvertrag abgelöst und ist seit dem 1. Januar 2024 in seiner 4. Fassung in Kraft getreten. Diese Ände-

---

53 u.a.: *Grünwald*, Der European Media Freedom Act, MMR 2022, 919; *Ory*, Medienfreiheit – Der Entwurf eines European Media Freedom Act, ZRP 2023, 26; *Roß*, European Media Freedom Act und Kernfragen der europäischen Integration, EuR 2023, 450.

54 Art. 24 Abs. 1 S. 2 EMFA-E.

55 COM(2021) 731 final.

rung wurde unternommen, um eine bessere Inklusion der digitalen Medien in die Regulierung der deutsche Medienlandschaft zu ermöglichen.<sup>56</sup> Während der Rundfunkstaatsvertrag noch einen Fokus auf die linearen Medien gesetzt hatte, gliedert der Medienstaatsvertrag die nicht-linearen Medien umfassend in die Regelungsstruktur mit ein.<sup>57</sup>

In den vorstehend benannten deutschen Gesetzen werden umfangreich die Richtlinien der Union national umgesetzt und präzisiert. Das TMG stellt die Umsetzung der eCommerce-RL dar, welche nun durch das DDG abgelöst wird, das den DSA und teilweise die eCommerce-Richtlinie umsetzt.<sup>58</sup> Das UWG wiederum konzentriert sich im zivilrechtlichen Bereich auf generelles unlauteres Verhalten in der Werbung und setzt hierbei die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung um. Der Medienstaatsvertrag beinhaltet ebenso bereits diverse Umsetzungen von EU-Richtlinien, insbesondere die Richtlinie zu audiovisuellen Mediendiensten.<sup>59</sup>

Die Vorgaben des MStV bezüglich Werbung finden in Deutschland insbesondere auch für die digitalen Dienste bzw. Telemedien Anwendung, die nicht in den Anwendungsbereich des DSA fallen. Dies gilt insbesondere für solche Akteure, die unter den Schwellenwert des Art. 19 DSA fallen, wonach Kleinst- und Kleinunternehmer ausgenommen sind. Ebenso besteht zwischen dem Regelungsbereich des Medienstaatsvertrages und dem DSA zwar eine Schnittmenge, aber die Regulierungen des Staatsvertrages haben eine wesentlich weitere Reichweite für Online-Medien innerhalb Deutschlands als der DSA. Der Digital Services Act bezieht sich auf Hosting-Dienstleister und als Unterkategorie hiervon auf Online-Plattformen, also die Anbieter der digitalen Infrastruktur der Online-Medien. Der Medienstaatvertrag reguliert diese ebenfalls im Rahmen der Normen zu Medienplattformen, Medienintermediären und Video-Sharing-Diensten. Was der DSA hingegen nicht regelt sind die Nutzer und Content-Providern dieser Plattformen. Erste Urteile zeigen zudem, dass auch „Streamer“ unter den Begriff Rundfunk fallen können, und somit in den Regelungsbereich des Medienstaatsvertrages fallen.<sup>60</sup> Grund hierfür ist die in Deutschland verfassungsrechtlich vorgegebene Technologienutralität des Rundfunkbegriffs, welche dazu führt, dass auch „neue“ Verbreitungsformen wie Streaming als

---

56 *Siara*, Der Medienstaatsvertrag und die „neuen“ Medien, MMR 2020, 523.

57 *Siara*, Der Medienstaatsvertrag und die „neuen“ Medien, MMR 2020, 523.

58 Vgl. Verhältnis DSA zu E-Commerce-RL in 2.b).

59 Dörr, „25 Jahre ITM – 25 Jahre Medienrecht“, MMR 2022, 1001; *Siara*, „Der Medienstaatsvertrag und die „neuen“ Medien“, MMR 2020, 370.

60 VG Berlin, Urt. v. 26.09.2019 – VG 27 K 365.18, MMR 2020, 267.

Rundfunk qualifiziert werden können. Die Regelungen des MStV erfassen mithin u.a. über diesen Begriff auch im Rundfunkbereich teilweise Anwendungsbereiche des DSA.

Mithin sind diese Regelungen gerade für nationale Content-Anbieter zu beachten.

a) Zielsetzungen der nationalen Regulierung von (Wirtschafts-)Werbung in Medien

Werbung in Medien steht grundsätzlich in einem Spannungsfeld: sie ist einerseits für private Anbieter von medialen Inhalten Finanzierungsgrundlage ihres Handelns und andererseits auch wirtschaftliche Existenzgrundlage. Das führt zu einem – insoweit nachvollziehbaren – Interesse daran, dass werbliche Inhalte eine hohe Wahrnehmung bei Zuschauenden und damit einen hohen wirtschaftlichen Wert haben. Werbung wird letztlich nach Reichweite und Wirksamkeit bezahlt, sodass es wirtschaftlichen Interessen abträglich wäre, wenn Werbung zum „Abschalten“ (oder aktueller: „Wegsurfen“) führen würde. Werbung sollte nach dieser Sichtweise, bezogen sowohl auf ein lineares Programm als auch auf ein Abrufangebot, in diesem möglichst wenig „stören“ und kein Abschaltfaktor sein. Je mehr die werbliche Botschaft als integraler Bestandteil des Inhaltes wirkt oder aus anderen Gründen nicht „auffällt“, desto weniger begründet sie eine Gefahr des Reichweitenverlustes. Zudem macht – bezogen auf nicht lineare Inhalte des sog. „Influencermarketings“ - die Kennzeichnung eines ansonsten als „privat“ erscheinenden Inhaltes als „Werbung“ oder „Anzeige“ die wirtschaftliche Motivation der Creatorin oder des Creators sichtbar und widerspricht damit dem Eindruck, man handele nur im Interesse der Zuschauenden, indem man z.B. ein Produkt empfiehlt, mit dem man selbst gute Erfahrungen gemacht habe. Dennoch ist diese Offenlegung unter verschiedenen, teils sehr grundsätzlichen, Gesichtspunkten notwendig. Diese Notwendigkeit sichert *der Grundsatz der Trennung zwischen Programm und Werbung*.

Der Name des Grundsatzes mit seiner Ausrichtung auf den Programm-Begriff verrät bereits, dass er aus einer Zeit stammt, in der primär noch lineare Rundfunk-*programme* sehr maßgeblich den öffentlichen Meinungsbildungsprozess bestimmt haben. Der Grundsatz der Trennung von Programm und Werbung hat seine Ursprünge bereits in den Anfängen des

deutschen Rundfunkrechts. Es lassen sich drei wesentliche Zielsetzungen ausmachen:

aa) Schutz vor Irreführung

Der erste Schutzzweck des heute in § 8 Abs. 3 Satz 3 MStV verankerten Trennungsgrundsatzes besteht darin, die Zuschauenden vor der Möglichkeit der Irreführung über den werblichen oder programmlichen Charakter von Inhalten zu bewahren. Diese Schutzrichtung zielt darauf ab, Irreführungen darüber zu vermeiden, ob ein Inhalt wirtschaftlichen Interessen dient oder nicht. Es geht also letztlich um die Erkennbarkeit der Kommunikatorquelle: Geschützt wird das Vertrauen darauf, in der redaktionellen Berichterstattung oder in vom Anbietenden in seiner Funktion als Creator/in stammenden Beiträgen auch die Meinung der Redaktion oder des/der Creator/in zu erfahren – und nicht die Meinung eines seine Waren- oder Dienstleistungen anbietenden Werbetreibenden. Redaktionelle Inhalte genießen eine grundsätzlich höhere Glaubwürdigkeit als Inhalte, bei denen es erkennbar um den Absatz von Waren und Dienstleistungen geht, weil Rezipienten redaktionellen Beiträgen (zunächst) unkritischer gegenüberstehen.<sup>61</sup> Nur die Kenntnis des wahren publizistischen Charakters ermöglicht es dem Zuschauenden, einen Inhalt sachgerecht zu würdigen.<sup>62</sup> Insoweit hat der Trennungsgrundsatz eine den Rezipienten schützende Komponente.

bb) Schutz des Meinungsbildungsprozesses

Daneben hat der Trennungsgrundsatz auch rein objektivrechtliche und spezifisch rundfunkrechtliche Schutzrichtungen. Werbung ist grundsätzlich geeignet, Einfluss auf die Programmgestaltung auszuüben. Das Rundfunkprogramm als Faktor öffentlicher und individueller Meinungsbildung hat jedoch wegen seiner verfassungsrechtlichen Sonderstellung von sachfremden Einflüssen weitgehend frei zu bleiben. Indem der Trennungsgrundsatz die Einflussbereiche der Wirtschaft transparent macht, sichert er mithin

---

61 BGH Urt. v. 22.2.1990 – I ZR 78/88, ZUM 1990, 291, 296.

62 M. Paschke, Medienrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 434.

die Unabhängigkeit der Programmgestaltung insgesamt.<sup>63</sup> Gleichzeitig wird das Vertrauen der Zuschauenden in die Objektivität des Inhalts gewahrt, weil sie nicht davon ausgehen müssen, über den werbenden Charakter eines Inhalts getäuscht zu werden.<sup>64</sup> Dieser, letztlich aus der Meinungsbildungsrelevanz eines Angebotes folgende, Schutzzweck kann zwangsläufig auf Angebote in „neuen Medien“ übertragen werden: Wenn beispielsweise ein Youtube-Video, das sich zu politischen Parteien positioniert, wie etwa „Die Zerstörung der CDU“ des YouTubers „Rezo“, seit dem Erscheinen im Mai 2019 eine Reichweite von nunmehr mehr als 20 Millionen Abrufen erzielt, dürfte die Meinungsbildungsrelevanz eines solchen Inhaltes außer Frage stehen – das zeigt bereits, dass es nicht nur in linearen Programmen Fälle geben kann, in denen die verfassungsrechtliche Sonderstellung des „klassischen“ Rundfunks relevant wird. Auch bei meinungsrelevanten nicht-linearen Inhalten muss sichergestellt werden, dass ein möglicherweise gegebener Einfluss wirtschaftlicher Zielsetzungen transparent gemacht wird.<sup>65</sup>

### cc) Marktneutralität

Als dritte Schutzzrichtung dient der Trennungsgrundsatz dem Schutz der Marktneutralität. Rundfunk soll gegenüber dem Wettbewerb im Markt objektiv und neutral bleiben und allen Marktteilnehmern gleiche Ausgangsbedingungen bieten.<sup>66</sup> Damit wäre es z.B. unvereinbar, beispielsweise einzelnen Werbetreibenden dadurch einen Vorteil zu gewähren, dass sie den Trennungsgrundsatz missachten (können). Aus diesem Grunde stellt z.B. ein Fall der Schleichwerbung in der Regel auch einen Verstoß gegen das UWG als unlautere geschäftliche Handlung dar.

Diese Schutzzwecke haben sich nicht wesentlich verändert, seit der Trennungsgrundsatz im deutschen Rundfunk- bzw. Medienrecht verankert wurde. Da sich aber der Werbemarkt in den Medien stark verändert, weil er auf neue Nutzungsformen und technische Entwicklungen reagiert, stellt sich die Frage, ob diese Schutzzwecke und ihre Umsetzung noch zeitgemäß

63 vgl. G. Gounalakis, Werbung im Rundfunkprogramm, WRP 2005, 1476, 1477.

64 Vgl. R.O. Graef, Das Ende des Trennungsgrundsatzes?, MedienWirtschaft 4/2009, 31.

65 Womit hier in keiner Weise gesagt werden soll, dass das in dem gewählten Beispiel der Fall war.

66 vgl. G. Gounalakis, Werbung im Rundfunkprogramm, WRP 2005, 1476, 1477; G. Greffenius/ A. Fikentscher, Werbeformen bei Sportübertragungen im Fernsehen und ihre wettbewerbsrechtliche Zuständigkeit, ZUM 1992, 526, 527.

sind oder einer Anpassung bedürfen. Bevor diese Frage behandelt werden kann, sollen kurz die wesentlichen Veränderungen des Werbemarktes dargestellt werden:

b) Entwicklung des medialen Werbemarktes

Nach der am 21.12.2023 veröffentlichten Jahresendbewertung des Zentralverbands der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) hat die Werbewirtschaft in Deutschland in 2023 ein Wachstum auf 48,87 Mrd. Euro (+1,6 Prozent) Umsatz erreicht.<sup>67</sup> „Mit diesem vorläufigen Ergebnis übertrifft die Werbewirtschaft die Corona-Krisenjahre (2020: 44,86 Mrd. Euro; 2021: 47,34 Mrd. Euro) und das erste Kriegsjahr des Ukraine-Krieges 2022 (48,09 Mrd. Euro). Der Wert liegt auch über der Vor-Corona-Zeit (48,33 Mrd. Euro). Die Investitionen in Werbung sind auf 37,07 Mrd. Euro (+2,5 Prozent) gestiegen, die Netto-Werbeeinnahmen der Medien steigen auf 26,06 Mrd. Euro (+1,4 Prozent).“<sup>68</sup> Nach Werbeträger (Medium) getrennt zeigt die 2022er Jahresanalyse des ZAW<sup>69</sup> folgendes Bild<sup>70</sup>: Am Nettoumsatz in 2022 hat die Internetwerbung den größten Anteil mit 46 % ausgemacht und ist damit leicht vom Vorjahr mit 44,9 % angestiegen. Print-Werbung hatte mit 29,4 % den zweitgrößten Umsatz, leicht gefallen von 29,6 % im Vorjahr. Ebenfalls gefallen ist der Umsatz in der Fernsehwerbung, von 21,2 % zu 20,7 %. Leicht gestiegen ist die postalische Direktwerbung (21: 9,9 % zu 22: 10,1 %). Die geringste Bedeutung hatten Außenwerbung (4,5 % zu 4,1 %), Radiowerbung (3,1 % zu 3,2 %) und Kinowerbung (0,1 % zu 0,2 %).<sup>71</sup>

Die Werbung im Internet hat somit ihren Gesamtanteil im Jahr 2022 gesteigert, während Print und Fernsehen (Bewegtbild) weiterhin rückläufig waren. 50 % der Bruttowerbeausgaben (insgesamt mehr als 17 Milliarden Euro) fallen somit in den Bereich der Fernsehwerbung.<sup>72</sup> Diese Zahlen zeigen bereits, dass der Fernsehwerbemarkt nach wie vor ein wichtiger Markt ist, dessen publizistische Bedeutung aufgrund der Bedeutung für die Finanzierbarkeit meinungsrelevanter Angebote nicht zu unterschätzen ist.

---

67 ZAW-Marktprognose, 2023 und Ausblick 2024, <https://zaw.de/werbemarkt-2023-dank-k-digitaler-erlöse-im-leichten-plus/>.

68 ZAW-Marktprognose, 2023 und Ausblick 2024, <https://zaw.de/werbemarkt-2023-dank-k-digitaler-erlöse-im-leichten-plus/>.

69 <https://zaw.de/werbemarkt-2023-dank-digitaler-erlöse-im-leichten-plus/>.

70 <https://zaw.de/branchendaten/werbemarkt-nach-medien/>.

71 <https://zaw.de/branchendaten/werbemarkt-nach-medien/>.

72 <https://zaw.de/branchendaten/werbemarkt-nach-medien/>.

Die klassische Fernsehwerbung liegt aber – wie seit langem – deutlich hinter dem Gesamtbereich Internetwerbung zurück und ist weiter rückläufig.

Die Werbung im Internet wurde ebenfalls durch das ZAW ausgewertet. Die vorgenommene Nettosystematik setzt sich dabei „aus Search, Display Ads (darin enthalten In-Stream Videowerbung), Classifieds<sup>73</sup> und In-Stream Audiowerbung zusammen.<sup>74</sup> Sie erreichte insgesamt 11.824,3 Mio. Euro (Vorjahr: 11.616,4 Mio. Euro), ein Plus von 1,8 Prozent. Die Suchwortvermarktung stieg um 3,5 Prozent auf 5.350 Mio. Euro (Vorjahr: 5.170,5 Mio. Euro und +11 Prozent). Die Display-Ads nahmen um lediglich 1,1 Prozent auf 5.178,0 Mio. Euro (Vorjahr: 5.120 Mio. Euro) zu und zeigten damit ein stärker abgebremstes Wachstum im Vergleich zu den Vorjahren. Der Bereich Classifieds dagegen sank um 3,4 Prozent auf 1.199,7 Mio. Euro (Vorjahr: 1.241,9 Mio. Euro).<sup>75</sup>

Betrachtet man die Verteilung auf die einzelnen Werbearten zwischen 2018 bis 2020 und prognostisch bis 2025 nach einer Berechnung des Portals Statista, zeigt sich folgendes Bild<sup>76</sup>: Die Werbeausgaben in den digitalen Medien sind zwischen 2018 und 2020 um knapp eine Milliarde Euro von 6,95 auf 7,90 Mrd. Euro angestiegen. Es wird prognostiziert, dass die Werbeausgaben bis 2025 auf 10,42 Mrd. Euro ansteigen werden. Über die Hälfte der Werbeausgaben erfolgte hierbei für Suchmaschinenwerbung, gefolgt von Social Media Werbung, Digitaler Bannerwerbung und Digitale Kleinanzeigen.

Werbung im Internet begegnet dabei ähnlichen Wahrnehmungshindernissen wie im klassischen Fernsehen: So empfingen Verbraucher auch Online-Werbung als nicht interessant oder lästig, mit der Folge, dass diese die Werbung technisch durch sog. Ad-Blocker oder über Browser-Erweiterungen bzw. in ihrer Wahrnehmung ausblenden. Letzteres wird auch als sog. „Unaufmerksamkeitsblindheit“ bezeichnet.<sup>77</sup> Daraus folgt, dass die Tendenz zu möglichst unauffälliger Werbung auch in Online-Angebote wirtschaftlich angelegt ist. Es besteht also ein wirtschaftlich begründbares Interesse an der Programm- bzw. Inhaltsintegration von Werbung auch im Internet. Diese Tendenz lässt sich auch in der Rechtsentwicklung ablesen. Sowohl in

---

<sup>73</sup> „Classifieds“ sind „Kleinanzeigen“, sowohl in Online als auch in Print.

<sup>74</sup> <https://zaw.de/branchendaten/werbemarkt-nach-medien/>.

<sup>75</sup> <https://zaw.de/branchendaten/werbemarkt-nach-medien/>.

<sup>76</sup> <https://de.statista.com/infografik/24332/geschaetzte-digitale-werbeausgaben-in-deutschland/>.

<sup>77</sup> <https://www.saferinternet.at/news-detail/online-werbung-erkennen-statt-klicken>.

klassischen linearen Programmen als auch in Abrufinhalten bietet die Entwicklung der Zulässigkeit von Produktplatzierung hier ein gutes Beispiel:

aa) Entwicklung der Zulässigkeit von Produktplatzierung als Form der Programmintegration

Seit dem 13. Rundfunkänderungsstaatsvertrag 2010 war Produktplatzierung (als im Rahmen der Umsetzung der damaligen AVMD-Richtlinie, RL 2007/65/G) im deutschen Medienrecht in linearen Programmen – aufgrund von Ausnahmeverordnungen – weitgehend erlaubt. Die damalige nationale Umsetzung entschied sich (noch) für ein grundsätzliches Verbot der Produktplatzierung (§ 7 Abs. 7 RStV), von dem aber die §§ 15 und 44 Nr. 1 RStV weitgehende Ausnahmen vorsahen. Danach war Produktplatzierung im privaten Rundfunk in Kinofilmen, Filmen und Serien, Sportsendungen und Sendungen der leichten Unterhaltung unter gewissen Voraussetzungen erlaubt. Nach dem damaligen § 2 Abs. 2 Nr. 11 RStV war Produktplatzierung definiert als: „.... die gekennzeichnete Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken, Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Sendungen gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung mit dem Ziel der Absatzförderung. Die kostenlose Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen ist Produktplatzierung, sofern die betreffende Ware oder Dienstleistung von bedeutendem Wert ist.“

Produktplatzierung ist also im Wesentlichen die Integration von Waren oder Dienstleistungen in den Ablauf bzw. die Handlung einer Sendung gegen Entgelt oder ähnliche Gegenleistung mit dem Ziel der Absatzförderung. Hierbei erfolgt grade keine eindeutige zeitliche oder optische Trennung mehr vom redaktionellen Inhalt. Vielmehr setzt der Gesetzgeber hier auf die Erkennbarkeit der Produktplatzierung durch Kennzeichnung, was sich daran zeigt, dass bereits die Definition eine Kennzeichnung voraussetzt (....„gekennzeichnete Erwähnung“....). Der Kennzeichnung kommt eine zentrale Bedeutung zu, da eine ungekennzeichnete Produktplatzierung – bei Vorliegen von Werbeabsicht – Schleichwerbung sein kann.

Die Kennzeichnung musste nach § 7 Abs. 7 Satz 3 RStV zu Beginn und am Ende der Sendung sowie bei Wiederbeginn nach einer Werbeunterbrechung erfolgen. Nach damaligem Recht mussten zudem zulässige Produktplatzierungen drei weitere Anforderungen erfüllen (§ 7 Abs. 7 Satz 2 RStV):

1. Die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit hinsichtlich Inhalt und Sendeplatz müssen unbeeinträchtigt bleiben,
2. die Produktplatzierung darf nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Waren oder Dienstleistungen auffordern, insbesondere nicht durch spezielle verkaufsfördernde Hinweise auf diese Waren oder Dienstleistungen, und
3. das Produkt darf nicht zu stark herausgestellt werden; dies gilt auch für kostenlos zur Verfügung gestellte geringwertige Güter.

Diese Anforderungen der Nummern 1-3 gelten auch heute noch (§ 8 Abs. 7 Satz 2 MStV). Gewandelt hat sich im Medienstaatsvertrag das grundsätzliche Verhältnis zwischen Verbot und (Ausnahme-)Erlaubnis der Produktplatzierung: Seit Geltung des MStV ist Produktplatzierung grundsätzlich erlaubt, § 8 Abs. 7 Satz 2 MStV. Untersagt ist Produktplatzierung (nur) noch nach § 8 Abs. 7 Satz 2 MStV in Nachrichtensendungen, Sendungen zur politischen Information, Verbrauchersendungen, Regionalfensterprogrammen nach § 59 Abs. 4 MStV, Fensterprogrammen nach § 65 MStV, Sendungen religiösen Inhalts und Kindersendungen. Die Pflicht zur Kennzeichnung gilt weiterhin.

#### bb) Produktplatzierung und Trennungsgrundsatz

Diese Entwicklung zeigt eine Liberalisierungstendenz, die aber im Hinblick auf den Grundsatz der Trennung von Werbung und Programm kritisch zu betrachten ist: Die Trennung von Werbung und Programm wurde hier zurückgestellt unter der Annahme, dass die Schaffung von Transparenz über die werbliche Integration zum Erreichen der oben beschriebenen Schutzzwecke ausreicht. Dies ist kritisch zu betrachten, denn hier ist insbesondere anzumerken, dass die Kennzeichnungspraxis den Sehgewohnheiten heute nicht mehr entsprechen dürfte. Kaum ein Zuschauer darf heute noch eine Sendung wirklich „von Anfang bis Ende“ verfolgen. Konvergenz der Empfangsgeräte, zunehmende mobile Nutzung und Wandel der Rezeptionsgewohnheiten führen dazu, dass zunehmend „gezappt“ wird und Vor- und Abspann einer Sendung immer seltener bewusst wahrgenommen werden.<sup>78</sup> Damit gehen Kennzeichnungen potentiell ins Leere. Noch

---

<sup>78</sup> Vgl. R.O. Graef, Das Ende des Trennungsgrundsatzes?, *MedienWirtschaft* 4/2009, 31, 33.

grundsätzlicher dürfte die Frage sein, ob eine gewonnene Transparenz hier wirklich dem Schutzzweck dient: Die Erkenntnis, dass etwas beworben wird, bzw. dass Produkthersteller bei der Gestaltung seine Interessen „plaziert“ hat, gewinnen Zuschauende auch, wenn etwas penetrant beworben wird. Es dürfte nicht ausgeschlossen sein, dass eine Kennzeichnung „Unterstützt durch Produktplatzierung“ letztlich die Werbewirkung sogar fördert, weil sie ähnlich wie beim Sponsoring als imagefördernde Unterstützung der Sendung empfunden wird.<sup>79</sup>

Ob also bei der aktuellen Kennzeichnungspraxis der werbliche Charakter der Integration wirklich hinreichend erkennbar wird und ob dies zu der oben angesprochenen Möglichkeit der sachgerechten Würdigung einer Markenpräsenz führt, darf bezweifelt werden.

Es sei jedoch erwähnt, dass das Produkt oder die Dienstleistung nicht zu stark herausgestellt sein darf. Eine zu starke Herausstellung in diesem Sinne liegt jedenfalls dann vor, wenn zwischen den werblichen und den redaktionellen Inhalten kein hinreichender Unterscheidung oder angemessener Ausgleich vorliegt.<sup>80</sup> Dies ist der Fall wenn der Werbezweck im Vordergrund des Sendungsgeschehens steht<sup>81</sup> Vor zu starken Werbeeffekten dürfte diese Regelung schützen - für subtilere Werbebotschaften wirkt diese Schwelle jedoch nicht.

### c) Werbung wird zu oft als solche nicht erkannt

Vor dem Hintergrund der zunehmenden Ermöglichung von Aufweichungen des Trennungsgrundsatzes, wie sie sich bei der Produktplatzierung zeigen, ist es besonders interessant, dass nach einer aktuellen Untersuchung der Medienanstalten kommerzielle Werbung in Social-Media Posts, die anmutet wie ein redaktioneller Inhalt bzw. mit diesem verbunden ist, nur von weniger als 15 % der Befragten korrekt als Werbung erkannt wurde. Nur 14 Prozent ordneten ein Advertorial<sup>82</sup> korrekt als Werbung ein, die

---

79 Vgl. R.O. Graef, Das Ende des Trennungsgrundsatzes?, *MedienWirtschaft* 4/2009, 31, 33.

80 Vgl. VG Hannover 18.02.2016, Az.: 7 A 13293/14.

81 Vgl. VG Hannover 18.02.2016, Az.: 7 A 13293/14.

82 Hierunter fällt die Art von Werbung, die auf den ersten Blick wie ein redaktioneller Beitrag erscheint.

Hälften hielt eine Brand Story<sup>83</sup> für unabhängige Information.<sup>84</sup> Demgegenüber erkannten 69% der Befragten kommerzielle Posts ohne Einkleidung in einen redaktionellen Artikel bei korrekter Werbekennzeichnung auch als kommerzielle Werbung.<sup>85</sup>

Ganz ohne korrekte Werbekennzeichnung (68%) und mit zwar vorhandener, aber undeutlicher Kennzeichnung (67%) erkannten allerdings kaum weniger der Befragten einen Werbeinhalt als solchen. Daraus lassen sich – bei aller Vorsicht vor Verallgemeinerungen – zwei Dinge ableiten:

- a) Kennzeichnung ist nach diesen Ergebnissen nicht der wesentliche Grund, warum Werbung als solche erkannt wird – wäre das so, müssten die Unterschiede zwischen keiner, undeutlicher oder korrekter Kennzeichnung größer sein.
- b) Die Gefahr, dass die oben beschriebenen Schutzzwecke letztlich unterlaufen werden, ist grade bei integrierter Werbung bzw. Werbung in redaktioneller Anmutung besonders hoch.

Vor diesem Hintergrund muss bezweifelt werden, ob der Weg der Gestattung zunehmender Ausnahmen vom Trennungegrundsatz über den Rechtfertigungsweg des Kennzeichnungserfordernisses den gesellschaftlich relevanten Schutzzwecken tatsächlich dient, die der Trennungegrundsatz schützen soll. Diese Schutzzwecke sind aber nach wie vor aktuell – sie sind sogar möglicherweise durch die zunehmenden technischen Möglichkeiten noch aktueller geworden: Je technisch einfallsreicher und ggf. auch virtueller Werbung integriert werden kann, desto mehr „Fläche“ entsteht für kommerzielle Kommunikation. Je flexibler und vielfältiger die Rezeption wird, desto mehr Möglichkeiten eröffnen sich, situations- und endgeräteangepasst zu werben.

Das Bedürfnis, Informationen auf einer zutreffenden Tatsachenbasis bewerten zu können (also die korrekte Kommunikatorquelle zu kennen) wird demgegenüber nicht geringer und nicht weniger zeitgemäß; im Gegenteil, es wird sogar deutlich größer, wenn man berücksichtigt, dass die Grenzen zwischen Werbung und Programm in der Praxis der Inhalteproduktion immer fließender werden – Begriffe wie „Advertiser“, „Brand Story“, „Native

---

83 Brand Story sind wie der Name bereits andeutet Geschichte zu einer Marke. Hierdurch soll eine Beziehung zu dieser Marke aufgebaut werden.

84 Chartreport. TransparenzCheck der Medienanstalten zur kommerziellen Werbung 2023, S. 7; <https://faktenimpulse.de/wp-content/uploads/2023/02/Chartreport-Transparenz-Check-zur-kommerziellen-Werbung.pdf>.

85 Chartreport, S. 11.

Advertising“ machen das schon begrifflich deutlich. Es wird die Aufgabe der künftigen Werberegulierung sein, die oben beschriebenen Schutzzwecke nicht aufzugeben und Wege zu finden, diese weiterhin effektiv zu schützen.

#### 4. Verhältnis nationaler zu europäischer Werbemarktregulierung

In einer Gesamtbetrachtung der nationalen und europarechtlichen Normen besteht nur in bestimmten Teilen des Werberechts ein Spannungsverhältnis zwischen den Regelungsregimen. Einen Großteil der europarechtlichen Normen stellen Richtlinien da, die bereits in den nationalen Gesetzen umgesetzt wurden. Der Digital Services Act hat eine gewisse Schnittmenge mit dem MStV, da diese Verordnung die E-Commerce-RL überarbeitet, auf welcher der MStV teilweise basiert.

Das Verhältnis zwischen den nationalen Regeln des MStV und den sowohl bereits in Kraft getretenen, als auch den geplanten Verordnungen, ist zu prüfen. Generell bestehen zwei Ansätze, auf deren Basis der MStV von den Verordnungen abweichen könnte: die Inländerdiskriminierung und die Regulierung von kulturellen Aspekten.

##### a) Inländerdiskriminierung

Das Unionsrecht hat die Aufgabe, den europäischen Binnenmarkt zu harmonisieren<sup>86</sup>. Daher sieht Art. 18 AEUV auch ein Diskriminierungsverbot vor, welches jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit innerhalb der Europäischen Union verbietet. Dieses Diskriminierungsverbot adressiert insbesondere grenzüberschreitende Sachverhalte.<sup>87</sup> Das Diskriminierungsverbot gilt jedoch nicht ausnahmslos in der Europäischen Union. Die nationale Gestaltung der Rechtsverhältnisse zu den eigenen Staatsbürgern im Vergleich zu Unionsausländern obliegt weiterhin den jeweiligen Mitgliedstaaten.<sup>88</sup> Hat ein Mitgliedstaat gegenüber eigenen Staats-

---

86 Vgl. Art. 3 EUV.

87 *Grabitz/Hilf/Nettesheim/von Bogdandy*, 80. EL August 2023, AEUV Art. 18, Rn. 49-54.

88 *Grabitz/Hilf/Nettesheim/von Bogdandy*, 80. EL August 2023, AEUV Art. 18, Rn. 49-54.

angehörigen oder im Inland ansässigen Personen<sup>89</sup> nationale Regelungen getroffen, wodurch diese Personen schlechter gestellt sind als Personen oder Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten<sup>90</sup> in vergleichbaren Situationen aufgrund bestehender unionsrechtlicher Vorgaben, kann dies zulässig sein. Diese als Inländerdiskriminierung bezeichnete Situation ist möglich, da Art. 16 AEUV aufgrund des unvollendeten Binnenmarktes nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte Anwendung findet.<sup>91</sup> Das Diskriminierungsverbot ist somit für Personen in einem Mitgliedstaat nur dann einschlägig, soweit die Ungleichbehandlung in den Anwendungsbereich des Unionsrecht fällt.<sup>92</sup>

Ergänzend stellt sich die Frage, inwieweit die Rechtsfigur der Inländerdiskriminierung Auswirkungen auf Anwendung der EU-rechtlichen Regulierungen haben kann, also ob zu Lasten von Inländern in den jeweiligen Mitgliedstaaten von Richtlinien und Vorschriften abgewichen werden darf. Eine Abweichung von EU-Recht zulasten von Inländern ist zumindest insofern möglich, wie die entsprechende Regulierung keine Harmonisierung herbeiführt.<sup>93</sup> Gerade dies ist beim DSA nicht der Fall, da er nicht von dieser Verordnung erfasste Anbieter nicht dem nationalen Rechtsrahmen entziehen will, so dass für alle digitalen Dienste, die den Schwellenwert von 50 Beschäftigten oder einem Jahresumsatz/Jahresbilanz von 10 Mio. Euro nicht überschreiten und auch nicht mehr als 45 Millionen aktive Nutzer im Monatsschnitt haben, weiterhin der MStV zur Anwendung kommt. Ebenfalls harmonisiert der DSA nicht das Verhalten von Nutzern und Inhalteanbietern auf den Plattformen.

#### b) Regulierung kultureller Aspekte

Generell haben Verordnungen bindende Wirkung und abweichende Regelungen können nur im Rahmen von Öffnungsklauseln durch die Mitgliedstaaten verabschiedet werden.

---

89 *Streinz*, Europarecht, S. 855.

90 *Dauseis/Ludwigs/Ludwigs*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, 59 EL. Oktober 2023, E. I. Rn. 38 ff; *Streinz*, Europarecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 853 ff.

91 *Dauseis/Ludwigs/Ludwigs*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, 59 EL. Oktober 2023, E. I. Rn. 38 ff; *Streinz*, Europarecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 854.

92 *Grabitz/Hilf/Nettesheim/von Bogdandy*, 80. EL August 2023, AEUV Art. 18 Rn. 51; *Streinz/Streinz*, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 18, Rn. 65.

93 *Streinz*, Europarecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 856.

Aufgrund der klaren Beschränkung der EU-rechtlichen Kompetenz im Bereich der Regulierung von kulturellen Aspekten, müssen Verordnungen über wirtschaftliche Aspekte der Medien sich auf die Harmonisierung des Binnenmarktes beschränken. Eine Harmonisierung der kulturellen Aspekte der Medien in den Mitgliedsstaaten darf gerade nicht erfolgen, sodass EU-Regelungen keiner Öffnungsklausel für nationale Regelungen bedürfen. In Anbetracht des Art. 167 Abs. 4 AEUV darf dies aber nicht bewirken, dass die kulturellen Maßnahmen der Mitgliedstaaten den wirtschaftlich orientierten Regelungen der Verordnung widersprechen. Regelungen des Binnenmarktes mit Auswirkung auf die Kultur dürfen nur erweitert und angepasst werden.

## 5. Fazit

Die Werbewirtschaft befindet sich in einem Wandel, der durch die Digitalisierung angefacht wird und Regulierungsbedarf hervorruft. Die Normierung dieses Gebietes liegt im Spannungsverhältnis zwischen den wirtschaftlichen Aspekten des Binnenmarktes, für deren Regulierung der EU Kompetenzen übertragen wurden, und den kulturellen Aspekten, für welche die Gesetzgebungshoheit bei den Mitgliedstaaten verblieben ist. Die EU kann zwar durch Normen auf die Kultur der Mitgliedstaaten einwirken, darf hier aber keine Harmonisierung betreiben.

Sowohl die EU, als auch die Bundesländer, haben von ihrer Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht und hierbei teilweise überschneidende Regelungen getroffen. Auch wenn die EU die Harmonisierung des Binnenmarktes durch Verordnungen weiter ausgeweitet hat, so hat das dem Medienstaatsvertrag nicht seine Bedeutung genommen. Gerade wenn die Bedeutung des „klassischen“ linearen Fernsehens sinkt, erfordert der Schutz des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses in Telemedien auch im Bereich der Finanzierung ein Eingreifen nationaler Regelungen jenseits des DSA. Das europäische Recht, insbesondere der Digital Services Act, lässt viele Bereiche unreguliert, die durch den nationalen Gesetzgeber ausgefüllt werden können. Darüber hinaus können die kulturellen Aspekte der Werbewirtschaft durch die Mitgliedsstaaten weiter normiert werden.