



Professor Dr. Georgios
Gounalakis, Lehrstuhl
für Bürgerliches Recht,
Internationales
Privatrecht,
Rechtsvergleichung
und Medienrecht, und
Wiss. Mitarbeiter
Christoph Wege,
Marburg

Mehr über die Autoren
erfahren Sie auf S. VIII.

Product Placement und Schleich- werbungsverbot – Widersprüche im neuen Fernsehrichtlinien-Entwurf

Die Werbevorschriften der EG-Fernsehrichtlinie werden vielfach als zu streng empfunden. Zwar stand eine Liberalisierung des Werberechts seit längerem auf der politischen Agenda der Europäischen Kommission, doch hielt der jüngste Kommissionsentwurf für eine Novelle der Fernsehrichtlinie trotz der Vorhersehbarkeit in seiner Liberalisierungstendenz eine Überraschung bereit: Die Einführung des Product Placement als gemeinschaftsrechtlich zulässige Werbeform. Der nachstehende Beitrag befasst sich nun weniger mit den rechtspolitischen Fragen rund um die Zulässigkeit des Product Placement, als vielmehr mit den Widersprüchlichkeiten des konkreten Regelungskonzepts. Nach dem Willen der Europäischen Kommission soll die Einführung des Product Placement nämlich ausdrücklich nicht zu einer Einschränkung des allgemeinen Schleichwerbungsverbots führen. Das darf auch jenseits aller rechtspolitischer Turbulenzen als Überraschung gelten.

I. Einleitung

Rundfunkwerbung hat im Kampf um die Gunst des Zuschauers mit offenem Visier anzutreten. Sie muss sich als solche zu erkennen geben und darf nicht mit dem Programm vermischt werden. Dies ist nicht bloß ein medienethisches Postulat, sondern bekanntlich geltendes Recht. Das Schleichwerbungsverbot, wie es etwa für Deutschland in § 7 Abs. 6 RStV normiert ist, wird jedoch zunehmend infrage gestellt. Nicht allein, wie man meinen möchte, unter dem Eindruck der jüngsten Schleichwerbungsskandale. Stärker noch wird die medienpolitische Diskussion rund um den Grundsatz der Trennung von Werbung und Programm auf europäischer Ebene forciert. Dort nämlich ist die EG-Fernsehrichtlinie¹ einer weit reichenden Revision unterzogen worden, die auch den Komplex der Werberegulungen betroffen hat. Aus Sicht des bislang geltenden Schleichwerbungsverbots verdient eine der angestrebten Neuerungen besondere Aufmerksamkeit: Die Einführung des so genannten Product Place-ments als gemeinschaftsrechtlich zulässige Werbeform.

Bisher war Product Placement kein eigener Rechtsbegriff, sondern wurde als Lebenssachverhalt juristisch am Maßstab des Schleichwerbungsverbots gemessen. Im alltäglichen Sprachgebrauch finden dagegen beide Begriffe oft synonym Verwendung. Anlass zur Begriffsklärung gibt nun der Vorschlag zur Änderung der Fernsehrichtlinie, den die Europäische Kommission am 13. 12. 2005 vorgelegt hat.² Die danach geplante Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste³ hält zwar ausdrücklich am Schleichwerbungsverbot fest, erklärt jedoch zugleich Product Placement unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig. Dabei stellt sie den Begriff des Product Placement⁴ selbstständig neben den bestehenden Schleichwerbungs-begriff und geht offenbar davon aus, dass Product Place-ment jedenfalls unter Beachtung eigens geregelter Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen nicht dem Schleichwerbungsverbot unterliegt.

Dieser doch zumindest auf den ersten Blick überraschen-den Prämisse widmet sich der nachstehende Beitrag. Er untersucht, ob das nach Maßgabe des Vorschlags zulässige Product Placement rechtlich außerhalb der Schleichwerbung eingestuft werden kann oder ob das Regelungskonzept der Kommission in diesem Punkt unstimmig ist. Besonderes Anliegen ist es, die Konsistenz der geplanten Neuregelung anhand der Schutzgüter des Schleichwerbungsverbots einer kritischen Prüfung zu unterziehen.

II. Verhältnis zwischen Product Placement und Schleichwerbung nach dem Regelungs- konzept des Richtlinienentwurfs

Product Placement ist, wie die anglo-amerikanische Bezeichnung schon vermuten lässt, erstmals in den USA in Erscheinung getreten und dient mittlerweile als klassisches Finanzierungsinstrument für Spielfilmproduktionen.⁵ Bei unjuristischer Betrachtung verbindet man mit ihm in seiner klassischen Form die werbewirksame und freilich entgeltliche Platzierung von Produkten in Spiel-

- 1 Richtlinie 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernseh-tätigkeit vom 3. 10. 1989, ABl. EG Nr. L 298 vom 17. 10. 1989 i. d. F. der Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. 6. 1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG, ABl. EG Nr. L 202 vom 30. 7. 1997, S. 60 ff.
- 2 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernseh-tätigkeit, KOM(2005) 646 endg.
- 3 Die geplante Richtlinie soll sich nicht mehr wie ihre Vorgängerin auf die Regelung der Fernseh-tätigkeit beschränken, sondern plattformunabhängige Regeln für audiovisuelle Mediendienste insgesamt festlegen, um gleiche Arten von Diensten gleichen Grundregeln zu unterwerfen.
- 4 Die deutsche Fassung des Richtlinienentwurfs verwendet den Begriff Produktplatzierung. Hier soll der griffigere anglo-amerikanische Ausdruck Product Placement benutzt werden, der sich seit langem eingebürgert hat und daher Missverständnisse vermeidet.
- 5 Vgl. zur historischen Entwicklung des Product Placement Schultze, Product Placement im Spielfilm, 2001, S. 8 ff.

filmkulissen. In den Spielfilm integriert, versteckt sich das Produkt in der Dramaturgie des Spielfilms, ohne dass sich dem Zuschauer eine Werbeabsicht aufdrängen müsste. Damit ist Product Placement, immer noch unjuristisch gesprochen, der prototypische Fall von Schleichwerbung, wenngleich sich das geläufige Verständnis von Schleichwerbung nicht mehr allein auf das Platzieren von Produkten beschränkt. Auf dem Weg einer rechtlich unvoreingenommenen Annäherung zeigt sich Product Placement also als Ausschnitt des Schleichwerbungsphänomens, in dem es denn auch vollständig aufgeht.

Indessen geht der Richtlinienentwurf andere Wege. Zunächst ordnet Art. 3 g lit. a) S. 2 des Entwurfs das Verbot jedweder Schleichwerbung in der audiovisuellen Kommunikation⁶ an. Daneben stellt dann Art. 3 h Nr. 1 des Entwurfs einen Katalog von Anforderungen auf, unter denen Product Placement als Form audiovisueller kommerzieller Kommunikation erlaubt sein soll. Nun kann was erlaubt ist nicht zugleich auch verboten sein. Die Widerspruchsfreiheit des Regelungskonzepts der geplanten Novelle in diesem Punkt hängt also davon ab, ob der Erlaubnisstatbestand des Product Placement nicht zugleich auch den Verbotstatbestand der Schleichwerbung erfüllt und dabei dessen Schutzgüter ignoriert. Aufschluss hierüber könnten erst einmal die im Entwurf verwendeten Begriffsdefinitionen geben. Bestünden bereits auf Begriffsebene keine Überschneidungen von Product Placement mit Schleichwerbung, läge in der Erlaubnis des einen kein Widerspruch zum Verbot des anderen. Ohne eine solche definitorische Exklusivität bleibt aber konkret zu untersuchen, ob Product Placement unter Beachtung der besonderen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen nach Art. 3 h des Entwurfs noch mit dem Schleichwerbungsverbot in Einklang steht.

1. Legaldefinitionen von Schleichwerbung und Product Placement

Art. 1 lit. h) des Entwurfs versteht unter Schleichwerbung „die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, des Namens, der Marke oder der 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 ihres eigentlichen Zwecks irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt.“

Unverändert wird so die aus der Fernsehrichtlinie bekannte Definition beibehalten, wie sie auch das deutsche Recht in § 2 Abs. 2 Nr. 6 RStV verwendet. Insbesondere hat sich die Kommission mit ihr gegen die Möglichkeit entschieden, den Bereich des Product Placement schon per definitionem ganz oder teilweise aus dem Schleichwerbungs-begriff herauszunehmen.

Als neu einzuführenden Rechtsbegriff definiert nun Art. 1 lit. k) des Entwurfs Product Placement als „jede Form audiovisueller kommerzieller Kommunikation, die in der Einbeziehung eines Produkts, eines Dienstes oder einer entsprechenden Marke bzw. der Bezugnahme darauf besteht, so dass diese innerhalb eines audiovisuellen Mediendienstes erscheinen, üblicherweise gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung“.

Nicht erst auf den zweiten Blick zeigt sich, dass diese Definition zu großflächigen Überschneidungen mit Sachverhalten führt, die bereits vom Schleichwerbungs-begriff erfasst werden. Hier ist die Rede von Produkten, Dienstleistungen oder Marken, die in audiovisuelle Mediendienste einbezogen werden oder auf die in audiovisuellen Mediendiensten Bezug genommen wird. Dort ist die Rede von Waren, Dienstleistungen oder Marken, die im Programm dargestellt oder erwähnt werden. Und wenn sich Product Placement als Form audiovisueller kommerzieller Kommunikation definiert, ist damit nichts anderes angesprochen als das Handeln zu Werbezwecken, wie es Schleichwerbung voraussetzt.⁷ Allemaal geeignet ist Product Placement schließlich noch, die Allgemeinheit hinsichtlich seines Werbezwecks irrezuführen. Ebenso wie bei der Schleichwerbung tritt der Werbeeinfluss im Programm selbst auf. Ob nun mit ihm tatsächlich auch Werbezwecke verfolgt werden, dürfte dem Zuschauer in aller Regel verborgen bleiben. Zumal schon die verwendeten Begriffe Einbeziehung und Bezugnahme auf ein eher subtiles Verfahren der Werbungsintegration hindeuten.

Nach alledem trifft die eingangs lediglich unjuristisch getroffene Feststellung, bei Product Placement handle es sich um die prototypische Form der Schleichwerbung, auch aus Sicht des Richtlinienentwurfs zu. Mehr noch: Das Begriffsverständnis nach Art. 1 lit. k) des Entwurfs geht weiter als die Begriffsbezeichnung vermuten lässt. Die mittlerweile für eine ganze Reihe von Sachverhalten gängige betriebswirtschaftliche Lesart von Product Placement schlägt sich im Rechtsbegriff umfassend nieder. Allein aus einem Vergleich der verwendeten Definitionen lässt sich mithin noch nichts für die Antwort auf die Frage gewinnen, ob die Formen zulässigen Product Placements nach Art. 3 h des Entwurfs im Widerspruch zum Schleichwerbungsverbot aus Art. 3 g lit. a) der geplanten Novelle stehen. Klarheit schaffen muss daher die konkrete Überprüfung der nach Art. 3 h des Entwurfs erlaubten Fälle von Product Placement am Maßstab des Schleichwerbungsverbots und seiner Schutzgüter.

2. Geplante Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Product Placement aus Sicht des Schleichwerbungsverbots

Der Richtlinienentwurf sieht in Art. 3 h einen Katalog von Anforderungen vor, denen Product Placement in audiovisuellen Mediendiensten genügen muss und die größtenteils auch unter dem Aspekt der Schleichwerbung zu interpretieren sind. Genannt sei zunächst Nr. 1 lit. c), wonach die Zuschauer auf das Product Placement hingewiesen werden müssen. Das soll durch eine hinreichende Kennzeichnung zu Programmbeginn geschehen, um eine

6 Der Begriff der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation ist ausweislich des 13. Erwägungsgrunds des Änderungsvorschlags der im Vergleich zu Werbung und Sponsoring umfassendere, zusätzlich eingeführte Begriff.

7 Vgl. die Definition des Begriffs der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation in Art. 1 lit. f) des Entwurfs: Danach ist Letztere definiert als „bewegte Bilder mit oder ohne Ton, die audiovisuelle Mediendienste begleiten und die der unmittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dienen“.

Irreführung des Zuschauers zu verhindern. Nr. 1 lit. a) der Vorschrift ordnet an, die Programmplanung, wo angemessen, und der Inhalt audiovisueller Mediendienste dürften auf keinen Fall in der Weise beeinflusst werden, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit des Mediendienstanbieters beeinträchtigt werden. Schließlich enthält Nr. 4 S. 1 des Katalogs ein Verbot von Product Placement in Nachrichtensendungen und Sendungen zum aktuellen Zeitgeschehen. Ob bei Erfüllung der genannten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen tatsächlich ein Verstoß gegen das Schleichwerbungsverbot ausgeschlossen ist, wie die Kommission annimmt,⁸ soll nun im Einzelnen nachgeprüft werden.

a) Tatbestandsmerkmale des Schleichwerbungsverbots

Als Schleichwerbung gelten werbewirksame Darstellungen oder Erwähnungen nach Art. 1 lit. h) des Entwurfs nur, wenn sie absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen sind und den Zuschauer über den Werbezweck irreführen.⁹ Die Ausscheidung zulässiger von unzulässigen Werbeeffekten geschieht also zunächst über das Begriffsmerkmal der Werbeabsicht. Nicht hinter jeder Werbewirkung verbirgt sich eine parallele Absicht. Ist die Werbewirkung aus redaktionellen, dramaturgischen oder journalistischen Gründen unvermeidbar oder eine Vermeidung nicht zumutbar, deutet dies darauf hin, dass ein Handeln zu Werbezwecken gerade nicht beabsichtigt war.¹⁰ Denn das Programm kann schlechthin nicht auf die Darstellung von Konsumgütern und Marken verzichten, wenn es ein realistisches Bild der von Werbung, Konsumgütern und Marken geprägten sozialen Wirklichkeit zeichnen will.

Product Placement im Sinne des Richtlinienentwurfs wird sich allerdings nur höchst selten darauf stützen können, aus programmlichen Gründen unvermeidbar zu sein. Wird nämlich für die werbewirksame Darstellung eine Gegenleistung erbracht, ist dies ein gewichtiges Indiz für eine Werbeabsicht.¹¹ Art. 1 lit. h) S. 2 nennt diesen Regelfall der Schleichwerbung ausdrücklich. Nicht minder überzeugungskräftig lässt sich eine Werbeabsicht auch nachweisen, wenn vertragliche Absprachen über die Art und Weise der Einbindung werblicher Elemente bestehen.¹² Da beide Indizien auch in den im Entwurf für rechtmäßig erklärten Fällen des Product Placement naturgemäß vorliegen, bleibt an der Werbeabsicht kein Zweifel.

An sich wäre nun der Weg hin zum Verdikt der Schleichwerbung nicht mehr weit, knüpfte nicht Art. 3 h Nr. 1 lit. c) des Entwurfs an das in typischen Schleichwerbungskonstellationen problemlos erfüllte Merkmal der Irreführung über den Werbezweck an: Um eine Irreführung zu vermeiden, soll der Zuschauer zu Programmbeginn auf das Product Placement hingewiesen werden. Wollte die Kommission mit dieser Bestimmung sicherstellen, dass Product Placement schon den Tatbestand der Schleichwerbung nicht erfüllt, so entbehrt das nicht einer gewissen Komik. Denn das damit statuierte Leitbild vom pünktlichen Verbraucher, der rechtzeitig zu Programmbeginn einschaltet, und daher den Hinweis auf die im Programm integrierte Werbung gar nicht versäumen kann, passt so gar nicht in die Zappingkultur, in der Fernsehen als Begleitmedium verbraucht wird.

Selbst wenn man diesen pünktlichen Zuschauer als Idealfall annimmt, begegnet die Zweckeignung der Kenn-

zeichnungspflicht noch starken Bedenken. Das Produkt oder die Dienstleistung bleibt ja nach wie vor eine programmliche Beiläufigkeit, deren Sinn es ist, eben nicht sofort ins Auge zu stechen.¹³ Der Zuschauer muss demnach nicht nur pünktlich sein, sondern auch noch höchst aufmerksam. Und wer als Veranstalter die Kennzeichnungsverpflichtung ernst nimmt, der wird zu Beginn des Programms nicht nur auf die Existenz des Product Placement als solche hinweisen, sondern auch wahrheitsgemäß angeben, welche Produkte an welchen Stellen integriert worden sind. Im schlimmsten Fall muss der pünktliche und aufmerksame Zuschauer zu guter Letzt auch noch zu Papier und Bleistift greifen.

Kommt all dies zusammen, dann wäre eine Irreführung vermieden. Für den Durchschnittszuschauer, der einfach nur unbesorgt und unangestrengt das Programm sehen möchte, geht freilich kein Weg an einer Irreführung im Sinne des Schleichwerbungsbegriffs vorbei. Art. 3 h Nr. 1 lit. c) des Richtlinienentwurfs vermag folglich nichts daran zu ändern, dass Product Placement im Sinne des Entwurfs dem Schleichwerbungsverbot desselben Regelungswerks unterfällt.

b) Schutzgüter des Schleichwerbungsverbots

Vom obigen Befund ausgehend zu behaupten, der Richtlinienentwurf sei normlogisch widersprüchlich, geht indessen zu weit. Im Wege der Auslegung kann der Normkonflikt nämlich leicht ausgeräumt werden. So lassen sich die Bestimmungen zum Product Placement als neuere und speziellere Bestimmungen verstehen, hinter denen das Schleichwerbungsverbot zurücktreten muss. Was bleibt, ist aber der Verdacht einer Inkonsistenz des Richtlinienentwurfs. Ein allgemeines Schleichwerbungsverbot, das um seine typischen Anwendungsfälle gebracht wird, erscheint in der Allgemeinheit seiner Formulierung nicht gerade bestechend. Umso mehr kommt es auf die Frage an, wie sehr sich die neu einzufügenden Erlaubnistatbestände des Product Placement von den Schutzgütern des Schleichwerbungsverbots entfernt haben. Von dieser Entfernung hängt die Schwere des regulativen Zielkonflikts mit dem Schleichwerbungsverbot ab.

⁸ Vgl. Erwägungsgrund 13 des Änderungsvorschlags. Zwar heißt es dort missverständlich, das Verbot von Schleichwerbung gelte nicht für das rechtmäßige Product Placement im Rahmen der Richtlinie. Das kann jedoch nicht im Sinne einer rechtlichen Fiktion zu verstehen sein, da – wie gezeigt – der Entwurf auch das für zulässig erklärte Product Placement nicht per definitionem aus dem Schleichwerbungsgriff ausklammert. Die Richtigkeit dieser Überlegung zeigt schließlich Erwägungsgrund 40 des Änderungsvorschlags: „...die Produktplatzierung sollte unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt ... werden. Produktplatzierung, die den Charakter von Schleichwerbung hat, sollte jedoch verboten bleiben.“

⁹ Ausführlich zu den Voraussetzungen des Schleichwerbungsverbots Gounalakis, WRP 2005, 1476 ff.

¹⁰ Greffinius/Fikentscher, ZUM 1992, 526, 528; Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, S. 107 Rdnr. 58.

¹¹ Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg, Mediengesetze, § 7 RStV Rdnr. 47; Greffinius/Fikentscher, ZUM 1992, 526, 529; Henning-Bodewig, GRUR 1988, 867, 872; Herkströter, ZUM 1992, 395, 402; Sack, AfP 1991, 704, 707; ders., ZUM Sonderheft 1987, S. 103, 116; Völkel, ZUM 1992, 55, 64.

¹² Greffinius/Fikentscher, ZUM 1992, 526, 529; Sack, AfP 1991, 704, 707; Völkel, ZUM 1992, 55, 65.

¹³ v. Danwitz, AfP 2005, 417, 420.

aa) Verbraucherschutz vor getarnter Werbung

Das Schleichverbot hat zunächst eine speziell wettbewerbsrechtliche Schutzrichtung. Es konkretisiert das allgemeine Gebot der Trennung von Werbung und Programm und ist wettbewerbsrechtlich unter dem Gesichtspunkt getarnter Werbung zu bewerten.¹⁴ An der Schutzrichtung ändert der Richtlinienentwurf nichts, auch wenn er den Trennungsgrundsatz für den Fall audiovisueller kommerzieller Kommunikation durch den Erkennbarkeitsgrundsatz ersetzt.¹⁵ Der Trennungsgrundsatz findet im Schleichverbot unmittelbaren Ausdruck und ist daher nicht auf ein allgemein statuiertes Trennungsgebot angewiesen. Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung getarnter Werbung sind vor allem die Belange des Verbraucherschutzes entscheidend. Der Verbraucher ist sich bewusst, dass Werbeaussagen der Absatzförderung dienen und daher nicht objektiv und ausgewogen sind. Manipulation, die der Werbung wesenseigen ist, kann der Verbraucher einschätzen. Diese Einschätzung kann er aber nur treffen, wenn er erkennen kann, dass überhaupt eine Werbemaßnahme vorliegt.¹⁶ Äußerungen eines Dritten tritt der Umworbene nämlich unkritischer gegenüber und misst ihnen regelmäßig höhere Bedeutung zu als anpreisenden Angaben, die der Werbende über seine eigenen Waren macht.¹⁷ Aus diesem Schutzgedanken folgt die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit der Schleichwerbung.

Dass der durchschnittliche Zuschauer durch die Kennzeichnungspflicht gemäß Art. 3 h Nr. 1 lit. c) des Richtlinienentwurfs nicht vollständig über den Werbezweck des Product Placement aufgeklärt werden kann, wurde bereits dargelegt. Noch keine Aussage getroffen ist damit über das Ausmaß der Beeinträchtigung seiner Interessen als Verbraucher. Hier könnte vor allem die Beschränkung des Product Placement auf bestimmte Programmgestaltungen das Problem einer nur eingeschränkten Aufklärung des Zuschauers entschärfen. In Unterhaltungsprogrammen wie Shows, Talkshows, Musiksendungen oder Sportberichterstattung dürfte die Gefahr, dass der Zuschauer den Werbezweck eines Product Placement nicht erkennt, eher gering sein. Hier nimmt der Zuschauer das platzierte Produkt, etwa die berühmten Gummibärchen auf dem Couchtisch, nicht als programmliche Notwendigkeit wahr. Der Werbezweck drängt sich geradezu auf. In diesen Fällen ist eine umfassende Kennzeichnung überflüssig, das Produkt kennzeichnet sich gewissermaßen selbst. Gleiches gilt bei der Übertragung von Sportveranstaltungen. Auch hier stellt sich die Präsentation eines Produkts, einer Dienstleistung oder einer Marke eher als fremdkörperhaft dem eigentlichen Sportereignis gegenüber dar. Zudem wird sich der Zuschauer schnell mit der neuen Werbepraxis vertraut machen und ist nicht auf eine sich ständig aktualisierende Kennzeichnung angewiesen. Bei einer Beschränkung des Product Placement auf solche Programmgestaltungen wäre dem wettbewerbsrechtlichen Schutzgedanken des Schleichverbotss mit einer Kennzeichnungspflicht zu Programmbeginn wohl hinlänglich gedient.

Nun sieht Art. 3 h Nr. 4 des Entwurfs in der Tat eine nach Programmgestaltungen beschränkte Erlaubnis für Product Placement vor. Allerdings sind die Grenzen ausgesprochen weit gezogen, wenn die Bestimmungen Product Placement nur für die Programmgestaltungen Nachrichten-

sendungen und Sendungen zum aktuellen Zeitgeschehen untersagen. Der Bereich von Informationssendungen, die ein erhebliches Maß an Verbrauchervertrauen erzeugen, sowie Fernsehfilme oder Serien, bei denen sich das Product Placement nur schwer erkennen lässt, sind von der Ausnahme nicht erfasst. Der Richtlinienentwurf bricht hier eklatant mit dem wettbewerbsrechtlichen Schutzzweck des Schleichverbotss und setzt sich so dem Vorwurf der Inkonsistenz seiner Regelungen zum Product Placement aus.

bb) Unabhängigkeit der Programmgestaltung und Vertrauen des Zuschauers in die Objektivität des Programms

Die spezifisch medienrechtliche Schutzrichtung des Schleichverbotss besteht darin, Gefahren für die Unabhängigkeit der Programmgestaltung abzuwehren.¹⁸ Damit korrespondiert als Schutzgut das Vertrauen des Zuschauers in die Objektivität des Programms. Diese Schutzgüter sind wesentlich einem demokratietheoretischen Verständnis der Funktion des Rundfunks zu verdanken. Dieser soll eine der Freiheit der öffentlichen und individuellen Meinungsbildung dienende Aufgabe wahrnehmen und als Medium und Faktor demokratischer Kommunikationsprozesse fungieren.¹⁹ Das freilich setzt die Freiheit von instrumentalisierender Einflussnahme Dritter auf Auswahl, Inhalt und Ausgestaltung der Programme voraus.²⁰

Die so skizzierte, demokratiebezogene Interpretation des Schleichverbotss ist keine rein deutsche Besonderheit, die auf der Ebene des europäischen Medienrechts, das wohl in erster Linie Medienwirtschaftsrecht zu sein hat, ohne Bedeutung wäre. Zwar will die Fernsehrichtlinie Rundfunkveranstaltungen primär als kulturwirtschaftliche Tätigkeit regeln und insofern für gerechte Wettbewerbsbedingungen und Verbraucherschutz sorgen. Sie will aber auch Fernsehdienste in ihrer zentralen Rolle für das Funktionieren moderner demokratischer Gesellschaften erfassen.²¹ Die Fernsehrichtlinie gestaltet dabei zunächst die Werbefreiheit der Rundfunkunternehmen aus, legt dabei aus Harmonisierungsgründen aber speziell medienrechtliche Schranken fest, die in Form der Werbebeschränkungen gemeinschaftsrechtliche Mindeststandards fixieren.

Die Autonomie der Programmgestaltung ist mithin auch als Schutzgut des Schleichverbotss der Richtlinie zu beachten. Im Entwurf zu einer Novelle der Fernsehrichtlinie klingt dieser Befund ausdrücklich an: Art. 3 h Nr. 1 lit. h) erlaubt Product Placement nur für den

14 BGHZ 130, 205, 214 f. – Feuer, Eis & Dynamit I, § 4 Nr. 3 UWG enthält eigens die Fallgruppe der Verschleierung des Werbecharakters einer Wettbewerbsbehandlung.

15 Vgl. Art. 3 g lit. a) S. 1 des Entwurfs.

16 BGHZ 130, 205, 214 – Feuer, Eis & Dynamit I.

17 BGH, GRUR 1962, 461; 464 f. – Film-Werbeveranstaltung; BGH, GRUR 1968, 382, 384 – Favorit II.

18 Vgl. Hahn/Vesting/Ladeur, Rundfunkrecht, 1. Aufl. 2003, § 7 RStV, Rdnr. 35 m. w. N.

19 BVerfGE 57, 295, 319 f. – FRAG; Hoffmann-Riem, Kommunikations- und Medienfreiheit, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, Rdnr. 1–21; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 5 I, II, Rdnr. 39–61.

20 BVerfGE 59, 231, 258.

21 Roßnagel/Scheuer, MMR 2005, 271, 272. Vgl. auch die Mitteilung der Kommission über die Zukunft der audiovisuellen Kommunikation vom 15. 12. 2003, KOM(2003) 784, 15.

Fall, dass der Inhalt audiovisueller Mediendienste auf keinen Fall in der Weise beeinflusst werden darf, dass die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit des Anbieters beeinträchtigt wird. Was auf den ersten Blick als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung daherkommt, entpuppt sich indessen bei näherem Hinsehen als ein Zulassungshindernis für Product Placement: Denn die Vorschrift ist selbst nicht geeignet, die Unabhängigkeit der Programmgestaltung zu sichern. Dabei handelt es sich bei der Beeinflussung der Programmverantwortlichen um eine dem Product Placement immanente Gefahr, gegen die keine besonderen Vorkehrungen ersichtlich sind. Nähmen Rundfunkunternehmen die Vorschrift beim Wort, wären Fälle des Product Placement spärlich gesät. Die Möglichkeiten, Einfluss auf den Programminhalt zu nehmen, sind jedenfalls vielfältig.

Abhängigkeiten der Programmveranstalter von Dritten können insbesondere dann entstehen, wenn für die werbewirksame Präsentation eine Gegenleistung erbracht wird²²; Eine Gegenleistung kann bereits die Entscheidung darüber beeinflussen, ob Produkte oder Marken überhaupt im Programm dargestellt werden.²³ Dies gilt zumindest, wenn die Darstellung nicht aus dramaturgischen oder sonstigen programmlichen Gründen geboten ist. Ferner können die Programmverantwortlichen in Abhängigkeit von einem bestimmten Anbieter von Waren oder Dienstleistungen geraten, der möglicherweise ein höheres Entgelt für die Präsentation zahlt als seine Mitbewerber.²⁴

Gegenleistungen – aber auch vertragliche oder sonstige Absprachen – können weiterhin die Art und Weise beeinflussen, wie beispielsweise ein Produkt in Szene gesetzt wird.²⁵ Hier kann die gezielt geplante Produkteinbindung die autonome Programmgestaltung der Rundfunkveranstalter behindern. Die wirtschaftliche oder vertragliche Verflechtung des Rundfunkveranstalters mit seinem Kooperationspartner birgt folglich Gefahren für die Freiheit der Programmgestaltung.

Der Grad dieser Gefährdung hängt allerdings auch hier wieder davon ab, welche Programmgestaltungen von ihr betroffen sind: Die Intensität eines Eingriffs in die Programmautonomie steigt mit der Bedeutung einer Programmgestaltung für den demokratischen Meinungsbildungsprozess. Demnach sind Nachrichtensendungen, Sendungen zum politischen Zeitgeschehen, Informations- und Magazinsendungen oder Dokumentarfilme als weit aus schutzbedürftiger einzustufen als reine Unterhaltungssendungen.²⁶

Unter diesem Gesichtspunkt wäre auch hier eine auf bestimmte Programmgestaltungen beschränkte Erlaubnis für Product Placement sinnvoll, um die Programmautonomie nicht zu gefährden. Zu nennen sind ein weiteres Mal Shows, Talkshows, Musiksendungen oder Sportberichterstattungen. Sie gehören zu den Programmen, die für den demokratischen Meinungsbildungsprozess eine eher weniger relevante Kommunikationsleistung vollziehen. Für sie passt das demokratiebezogene Rundfunkverständnis nicht.²⁷ Mit Programmen dieser Art werden keine Inhalte übermittelt, sondern lediglich Aufmerksamkeit erzeugt.²⁸

Anders liegen die Dinge bei Programmformaten wie Spielfilmen oder Serien. Sie erlauben einer Gesellschaft, sich zu beobachten, sich selbst zu reflektieren und sich über Normen zu vergewissern, um so das kommunikative

Fundament für politisches Handeln aufzubauen. Der Entwurf geht jedoch hier einmal mehr über die Grenzen dessen hinaus, was der Schutzzweck des Schleichwerbungsverbots noch toleriert. Ein beschränktes Verbot des Product Placement für Nachrichtensendungen und Sendungen des aktuellen Zeitgeschehens reicht schlicht nicht aus, will man das Schleichwerbsverbot als medienrechtliche Grundsatznorm auch weiterhin ernst nehmen.

III. Ergebnis

Das Nebeneinander von zulässigem Product Placement bei gleichzeitigem Festhalten am Schleichwerbsverbot im Entwurf einer Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste kann insgesamt nicht überzeugen. Bei allen Ergebniszufälligkeiten, die innerhalb der Revision der Fernsehrichtlinie beim Ringen um den zufriedenstellenden Kompromiss entstehen können, hätte am Ende doch ein in sich stimmiges Konzept stehen müssen.

Zwei Alternativen hätten sich angeboten: Entweder eine Zulässigkeit des Product Placement in dem im Entwurf vorgesehenem Umfang bei gleichzeitigem Abrücken vom umfassenden Schleichwerbsverbot. Oder aber eine auf bestimmte Programmgestaltungen wie reine Unterhaltungsformate beschränkte Erlaubnis des Product Placement. Die erste Alternative führt zu einem entkernten Schleichwerbsverbot, das sich per definitionem von seinem typischen Anwendungsfall verabschieden müsste. Die zweite Alternative entzöge dem Product Placement dessen typischen Anwendungsfall, nämlich Spielfilme und Serien. Die Kommission versucht den Spagat zwischen beiden Alternativen und erhält im Ergebnis eine insgesamt widersprüchliche Regelung, die krampfhaft eins zu verdecken sucht: Product Placement ist tatsächlich Schleichwerbung!

Hinweis der Redaktion:

Zur Thematik des Product Placement s. auch den Beitrag „Product Placements im Fernsehen – Schleichwerbung ohne Grenzen?“ von Pießkalla/Leitgeb, K&R 2005, 433 ff.

22 Bork, GRUR 1988, 264, 270; Sack, AfP 1991, 704, 707; ders., ZUM Sonderheft 1987, 103, 116.

23 Vgl. Henning-Bodewig, GRUR 1988, 867, 872.

24 Bork, GRUR 1988, 264, 270.

25 Vgl. Völkel, ZUM 1992, 55, 65; Bork, GRUR 1988, 264, 269.

26 Vgl. Schultze (Fn. 5), S. 89.

27 Hahn/Vesting/Ladeur (Fn. 18), § 7 RStV, Rdnr. 48.

28 Ladeur, ZUM 1999, 672, 679 f.