

III. Ergebnis und Rechtsfolgen

Die zuvor geschilderten formalen und inhaltlichen Gestaltungen der anwaltlichen Homepage sind weder berufsrechtlich noch wettbewerbsrechtlich zu beanstanden. Einzig die Werbung mit Erfolgs- und Umsatzzahlen auf einer Homepage ist unzulässig. Soweit im Einzelfall eine unsachliche Werbung vorliegt, bestehen zunächst die berufsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten des sechsten Teils der BRAO. Die Ahndung findet gem. § 113 Abs. 1 BRAO durch ein anwaltsgerichtliches Verfahren statt und kann neben einer Warnung oder einem Verweis auch in der Verhängung einer Geldbuße oder sogar einem vorübergehenden oder endgültigen Berufsverbot bestehen (§ 114 Abs. 1 BRAO). Daneben besteht gem. § 74 Abs. 1 BRAO für weniger schwerwiegende Pflichtverletzungen die Rügemöglichkeit durch den Kammervorstand. Weiterhin können bei irrefüh-

render Werbung die Ansprüche aus §§ 8 ff. UWG bestehen.¹²¹⁾ § 8 Abs. 1 UWG gewährt einen Beseitigungsanspruch bei andauerndem wettbewerbswidrigen Handeln und einen Unterlassungsanspruch, wenn ein solches erstmalig oder wiederholt droht. Bei vorsätzlicher Zuwiderhandlung besteht zudem gem. § 9 UWG ein Schadensersatz- und gem. § 10 UWG ein Gewinnabschöpfungsanspruch. Letzterer ist eine Besonderheit des UWG n.F., der allerdings nur den in § 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG genannten Anspruchsberechtigten offen steht, z. B. den Rechtsanwaltskammern. Ziel der Regelung ist es, Unrechtsgewinne einzuziehen,¹²²⁾ die dann dem Bundeshaushalt zufließen.

121) Vgl. Köhler, NJW 2004, 2121, 2125 f.

122) Köhler, NJW 2004, 2121, 2125.

Prof. Dr. Georgios Gounalakis

Universität Marburg

Werbung im Rundfunkprogramm – Zwischen Trennungsgrundsatz und Schleichwerbungsverbot

INHALT

- I. Einleitung
- II. Trennungsgrundsatz gemäß § 7 Abs. 3 S. 2 RStV
- III. Schleichwerbungsverbot aus § 7 Abs. 6 S. 1 RStV
 1. Verfassungsrechtliche Dimension des Schleichwerbverbots
 2. Schutzbereich des Schleichwerbverbots
 - a) Beeinflussung der Programmverantwortlichen
 - b) Vertrauen in die Objektivität des Rundfunks
 - c) Verbraucherschutz vor Irreführung
 - d) Wettbewerbsschutz
 3. Tatbestandliche Reichweite des Schleichwerbverbots aus § 2 Abs. 2 Nr. 6 RStV
 - a) Werberelevante Handlung
 - b) Werbeabsicht des Rundfunkveranstalters
 - aa) Intensität der Werbewirkung
 - bb) Rechtfertigung durch den Programmauftrag
 - (1) Finale Einbindung werblicher Elemente
 - (2) Vertragliche Absprachen mit Kooperationspartnern
 - (3) Ungleichmäßige Auswahl begünstigter Marken, Hersteller oder Dienstleister
 - (4) Erbringen einer Gegenleistung
 - (a) Begriff der Gegenleistung
 - (b) Kostenlose Produktionshilfe
 - c) Irreführung
- IV. Ergebnis

I. Einleitung

Waren und Dienstleistungen sind nicht nur feste Bestandteile des Wirtschaftslebens, sondern auch Gegenstand alltäglicher Wahrnehmung in den Augen der Bevölkerung. Die realistische Abbildung einer produktgeprägten Wirklichkeit kommt nicht ohne Produkte, Dienstleistungen, Firmennamen oder Marken aus. Versteht sich der Rundfunk nun insbesondere auch als Medium zur Abbildung einer realitätsnahen Umwelt, werden Unternehmen sowie deren Produkte, Dienstleistungen und Marken zwangsläufig Bestandteil des Rundfunkprogramms. Fast ebenso zwangsläufig entstehen durch Produkt- oder Markenabbildungen Werbeeffekte.

Werbung jedoch ist den Rundfunkveranstaltern grundsätzlich nur außerhalb des redaktionell gestalteten Rundfunkprogramms gestattet. Insofern ordnet § 7 Abs. 3 S. 2 RStV die deutliche Trennung der Werbung von den übrigen Programmteilen an. Konkretisiert wird dieser Trennungsgrundsatz durch das Verbot von Schleichwerbung aus § 7 Abs. 6 S. 1 RStV. Um trotz der genannten Werbeverbote ein realitätsnahes Bild der gesellschaftlichen Umwelt anbieten zu können, stehen Veranstalter von Rundfunk vor der zuweilen schwierigen Aufgabe, die Grenzen rechtmäßiger Abbildungen zutreffend einzuschätzen.

Vor diesem Hintergrund beschäftigt sich der Beitrag mit den rundfunkrechtlichen Vorgaben für Werbung im Rundfunkpro-

Gounalakis – Werbung im Rundfunkprogramm – Zwischen Trennungsgrundsatz und Schleichwerbungsverbot

gramm, d. h. insbesondere mit dem Trennungsgrundsatz und dem Schutzbereich und der tatbestandlichen Reichweite des Schleichwerbungsverbots. Aus beiden Bestimmungen lassen sich die äußeren Grenzen rundfunkrechtlich zulässiger Darstellung und Erwähnung von Produkten, Dienstleistungen, Firmennamen oder Marken ableiten.¹⁾

II. Trennungsgrundsatz gemäß § 7 Abs. 3 S. 2 RStV

Unter den Fernsehkonsumenten besteht eine weitgehende Abneigung gegenüber in Werblocken geschalteter Rundfunkwerbung. Dementsprechend versucht der Zuschauer sich der Blockwerbung etwa durch Umschalten auf ein anderes Programm zu entziehen. Diesen Gewohnheiten könnten die Werbetreibenden begegnen, indem sie versuchten, ihre Werbetexte im Programm selbst zu platzieren. Dies freilich widerspricht dem Grundsatz der Trennung von Werbung und Programm.

Nach § 7 Abs. 3 S. 1 RStV muss Rundfunkwerbung als solche klar erkennbar sein. Sie muss ferner gem. § 7 Abs. 3 S. 2 RStV durch optische Mittel klar von anderen Programmteilen getrennt sein. Zweck dieser Werberestriktionen ist es, die mit der Vermengung von Programm und Werbung einhergehenden Gefahren zu bannen.

So dient der Trennungsgrundsatz zunächst dem Schutz wettbewerblicher Interessen: Rundfunk soll gegenüber dem Wettbewerb im Markt objektiv und neutral bleiben und den Marktteilnehmern gleiche wettbewerbliche Ausgangsbedingungen gewährleisten.²⁾ Das Trennungsgebot steht insofern in Zusammenhang mit den Vorschriften des UWG über die Lauterkeit von Werbung im Allgemeinen.³⁾

Darüber hinaus hat der Trennungsgrundsatz aber auch eine spezifisch rundfunkrechtliche Schutzrichtung. Werbung ist grundsätzlich geeignet, Einfluss auch auf die Programmgestaltung auszuüben.⁴⁾ Das Rundfunkprogramm als Faktor öffentlicher und individueller Meinungsbildung hat jedoch wegen seiner verfassungsrechtlichen Sonderstellung von sachfremden Einflüssen weitgehend frei zu bleiben.⁵⁾ Indem der Trennungsgrundsatz die Einflussbereiche der Wirtschaft transparent macht, sichert er mithin die Unabhängigkeit des Programms.⁶⁾

Neben der Neutralität des Rundfunks gegenüber dem Wettbewerb und der Unabhängigkeit der Programmgestaltung bezweckt das Trennungsgebot schließlich den Schutz des Fernsehzuschauers vor einer Täuschung über den werbenden Charakter einer Sendung.⁷⁾ Dieses Schutzgut bezieht sich auf das

im Vergleich zur Werbung gesteigerte Vertrauen des Zuschauers in die Objektivität der Programmgestaltung.

III. Schleichwerbungsverbot aus § 7 Abs. 6 S. 1 RStV

Probleme bei der Anwendung des Grundsatzes der Trennung von Werbung und Programm ergeben sich für den Fall der sogenannten Schleichwerbung. Bereits eingangs ist zur Sprache gebracht worden, dass im Rahmen einer realistischen Abbildung einer auch von Werbung geprägten Wirklichkeit fast zwangsläufig Werbeeinflüsse entstehen. Das Verbot der Schleichwerbung aus § 7 Abs. 6 S. 1 RStV beschränkt den Kreis noch zulässiger Werbeeinflüsse im Rundfunkprogramm und konkretisiert so für diesen Bereich den Trennungsgrundsatz des § 7 Abs. 3 RStV.

Zentrale Bedeutung kommt hier der Auslegung des Schleichwerbungsbegriffs zu. Nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 RStV ist Schleichwerbung „die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Programmen, wenn sie zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zwecks dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als zu Werbezwecken beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt.“

Der Schleichwerbungsgriff des RStV entspricht der Regelung des Art. 10 Abs. 4 der EG-Fernsehrichtlinie⁸⁾ und beschreibt den Regelfall der Schleichwerbung. Ausdrückliche Tatbestandsmerkmale der Schleichwerbung sind demnach die absichtliche Erwähnung oder Darstellung zu Werbezwecken sowie die Irreführung des Zuschauers. Als Indiz für das Vorliegen einer Werbeabsicht nennt die Vorschrift lediglich die entgeltliche Erwähnung oder Darstellung. Weitergehende Aussagen über die Frage, wann eine Werbeabsicht vorliegt oder in welchem Umfang Werbeeinflüsse gerechtfertigt sein können, lassen sich der Vorschrift hingegen nicht ohne weiteres entnehmen. Ohne eine nähere Einordnung des Schleichwerbungsverbots in seinen verfassungsrechtlichen Kontext sind die genauen tatbestandlichen Konturen der Vorschrift nicht erkennbar. Erst unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Dimension des Trennungsgrundsatzes und des Schleichwerbungsverbots lassen sich Kriterien entwickeln, die zu einer sachgerechten Handhabung der gesetzlichen Bestimmung führen.

1. Verfassungsrechtliche Dimension des Schleichwerbungsverbots

Die bestehenden einfachgesetzlichen Bestimmungen des Rundfunkrechts sind weitestgehend Ausdruck des herrschenden Verständnisses der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Dieses Verständnis ist maßgeblich das Ergebnis einer von der kontinuierlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsge-

1) Ergänzt werden die Vorgaben des RStV etwa durch die Vorschriften der Richtlinien des ZDF für Werbung und Sponsoring, die auf der Grundlage des § 16a RStV erlassen worden sind, sowie durch ähnliche Regelungen der ARD.

2) Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl., München 2003, S. 106; Gersdorf, Grundzüge des Rundfunkrechts, München 2004, S. 116, Rn. 256.

3) Zu den wettbewerbsrechtlichen Vorgaben im Bereich der Werbung vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., München 2001, vor § 3, Rn. 5 ff.

4) BVerfGE 87, S. 181 (199) – Hessen-3-Beschluss; BVerfGE 83, S. 238 (310 f.) – Nordrhein-Westfalen; *Bullinger*, ZUM 1985, S. 121 (125 f.).

5) BVerfGE 87, S. 181 (201 f.) – Hessen-3-Beschluss; BVerfGE 90, S. 60 (87 f.) – Rundfunkgebühren; *Bosman*, ZUM 1990, S. 545 (548).

6) *Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg*, Mediengesetze, München 1999, § 7 RStV, Rn. 3.

7) Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl., München 2003, S. 106.

8) Richtlinie 97/36 EG 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 Fernsehaktivität v. 19.6.1997 (ABl. Nr. L 202, S. 60).

rechts geprägten Dogmatik. Danach ist die Rundfunkfreiheit in erster Linie funktional zu begreifen: Sie soll eine der Freiheit der öffentlichen und individuellen Meinungsbildung dienende Aufgabe wahrnehmen.⁹⁾ Der so formulierte funktionsbezogene Gehalt der Rundfunkfreiheit beruht auf der Erkenntnis, dass der Prozess freier Meinungsbildung sowohl auf die Freiheit, Meinungen zu äußern und zu verbreiten, als auch auf die Freiheit, geäußerte Meinungen zur Kenntnis zu nehmen, angewiesen ist.¹⁰⁾ Rundfunk in seiner Funktion als „Medium“ und „Faktor“ dieses Prozesses bildet mithin das Fundament für die objektivrechtliche Deutung der Rundfunkfreiheit.¹¹⁾

Zur Verwirklichung der dienenden Funktion sieht das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber als verpflichtet an, eine positive Rundfunkordnung zu schaffen. Sie soll gewährleisten, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglichst großer Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet.¹²⁾ Die Rundfunkfreiheit also verbürgt in Verbindung mit der sie ausgestaltenden Rundfunkordnung die Bedingungen, die zur Erfüllung der Aufgabe des Rundfunks für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung notwendig sind. Dies setzt vor allem auch die Freiheit von staatlicher Beeinflussung voraus.¹³⁾ Durch die Staatsfreiheit des Rundfunks sichert Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG insofern die dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 GG folgende Meinungsbildung vom Volk zu den Staatsorganen.¹⁴⁾ Neben der Freiheit von staatlichen Einflüssen auf die Meinungsbildung sichert der objektivrechtliche Gehalt der Rundfunkfreiheit aber auch die Freiheit von instrumentalisierender Einflussnahme Dritter auf Auswahl, Inhalt und Ausgestaltung der Programme.¹⁵⁾ Die so gewährleistete Rundfunkfreiheit ist also nicht in erster Linie als subjektives Abwehrrecht der Programmveranstalter, sondern vorrangig als der Funktion des Rundfunks dienende Freiheit zu begreifen.

In diese objektivrechtliche Dimension des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG fügt sich auch das den Trennungsgrundsatz konkretisierende Schleichwerbungsverbot ein: Es bezweckt die Autonomie der Programmgestaltung, schützt das Vertrauen des Zuschauers in eben diese Autonomie und fördert somit die Aufgabe des Rundfunks, zu einer umfassenden öffentlichen und individuellen Meinungsbildung beizutragen. Das Trennungsgebot zählt somit zu den funktionssichernden Grundvoraussetzungen der Rundfunkfreiheit.¹⁶⁾ Andererseits grenzt es den Handlungsspielraum der Rundfunkveranstalter ein, dem Zuschauer in Erfüllung des verfassungsrechtlichen Funktionsauftrags ein umfassendes Bild einer auch durch Werbung geprägten Lebenswirklichkeit zu vermitteln. Verfassungsrechtlich befindet sich das Schleichwerbungsverbot folglich in einem Spannungsverhältnis

einander begrenzender Elemente des Programmauftrags, den der Rundfunk zur Erfüllung seiner Aufgabe für die öffentliche und individuelle Meinungsbildung wahrzunehmen hat.¹⁷⁾

Dieser Befund ist schließlich auch bei der Auslegung der tatbestandlichen Reichweite des Schleichwerbungsbegriffs zu beachten. Die Auslegung muss darauf gerichtet sein, beiden entgegengesetzten Aspekten des Programmauftrags jeweils soviel Raum zu verschaffen, wie zur Sicherung der Rundfunkfreiheit und der ihr zukommenden Funktion erforderlich ist. Eine Orientierung bietet insofern der Blick auf die Reichweite der einzelnen Schutzgüter des Schleichwerbungsverbots. Nur soweit der mit dem Schleichwerbungsverbot bezweckte Schutz der Rundfunkfreiheit reicht, kann die Programmgestaltung der Rundfunkveranstalter vom Werbeverbot betroffen sein.

2. Schutzbereich des Schleichwerbverbots

Der zentrale Schutzzweck von Trennungsgrundsatz und Schleichwerbungsverbot besteht darin, die Programmverantwortlichen vor einer Beeinflussung durch die Werbewirtschaft zu bewahren. Dieser Zweck entfaltet auch Ausstrahlungswirkungen auf die übrigen Schutzgüter des Trennungsgebots. Denn eine unbeeinflusste Programmgestaltung sichert zugleich das Vertrauen des Zuschauers in die Objektivität des Rundfunks, gewährleistet Wettbewerbsneutralität und schützt auch vor einer Irreführung des Zuschauers über den werbenden Charakter einer Rundfunksendung.

a) Beeinflussung der Programmverantwortlichen

Die werbewirksame Präsentation von Waren, Dienstleistungen, Marken oder Firmennamen im Rundfunkprogramm ist geeignet, die Autonomie der Programmverantwortlichen und damit den Programmauftrag des Rundfunks zu beeinträchtigen. Abhängigkeiten der Programmveranstalter von Dritten können insbesondere dann entstehen, wenn für die Präsentation eine Gegenleistung erbracht wird.¹⁸⁾ Eine Gegenleistung kann bereits die Entscheidung darüber beeinflussen, ob Produkte oder Marken überhaupt im Programm dargestellt werden.¹⁹⁾ Dies gilt jedenfalls, 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.²⁰⁾

Gegenleistungen – aber auch vertragliche oder sonstige Absprachen – können weiterhin die Art und Weise beeinflussen, wie beispielsweise ein Produkt in Szene gesetzt wird.²¹⁾ 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.

9) BVerfGE 57, S. 295 (319 f.) – FRAG; Hoffmann-Riem, Kommunikations- und Medienfreiheit, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., Berlin, New York 1994, Rn. 1-21; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz: Kommentar, Tübingen 1996, Art. 5 I, II, Rn. 27-39.

10) BVerfGE 57, S. 295 (319 f.) – FRAG.

11) BVerfGE 12, S. 205 (260) – Deutschland-Fernsehen-GmbH; BVerfGE 57, S. 295 (320) – FRAG; BVerfGE 73, S. 118 (152) – Niedersachsen.

12) BVerfGE 57, S. 295 (320) – FRAG.

13) BVerfGE 12, S. 205 (262) – Deutschland-Fernsehen-GmbH

14) Vgl. Gersdorf, Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1991, S. 58 ff.

15) BVerfGE 59, S. 231 (248).

16) Volpers/Herkströter/Schnier, Die Trennung von Werbung und Programm im Fernsehen, Opladen 1998, S. 112.

17) Greffinius/Fikentscher, ZUM 1992, S. 526 (528).

18) Bork, GRUR 1988, S. 264 (270); Sack, AP 1991, S. 704 (707); ders., ZUM Sonderheft 1987, S. 103 (116).

19) Vgl. Henning-Bodewig, GRUR 1988, S. 867 (872).

20) Bork, GRUR 1988, S. 264 (270).

21) Vgl. Volkel, ZUM 1992, S. 55 (65); Bork, GRUR 1988, S. 264 (269).

Gounalakis – Werbung im Rundfunkprogramm – Zwischen Trennungsgrundsatz und Schleichwerbungsverbot

Der Grad dieser Gefährdung hängt schließlich noch 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 in der Bevölkerung. Demnach sind Nachrichtensendungen, Sendungen zum politischen Zeitgeschehen, Informations- und Magazinsendungen oder Dokumentarfilme als weitaus schutzbedürftiger einzustufen als reine Unterhaltungssendungen, Spielfilme oder Serien.²²⁾ Eine Differenzierung nach der Eingriffsintensität ist insbesondere bei Spielfilmen oder Serien auch zwischen Fremdproduktionen einerseits und Eigen-, Auftrags- oder Koproduktionen andererseits geboten.²³⁾ Nur bei letzteren kann der Programmverantwortliche auf die konkrete Produktionsgestaltung Einfluss nehmen. Ebenso wenig wie der Programmverantwortliche bei Fremdproduktionen auf deren Gestaltung einwirken kann, beeinträchtigt die möglicherweise in die Produktion eingebundene Werbung seine autonome Programmentscheidung.

Trotz der vielfältigen Gefährdungslagen, die durch eine werberelevante Programmgestaltung entstehen können, muss nicht jeder Werbeeinfluss zu einer Beeinträchtigung des Schutzbereichs der Programmautonomie führen. Denn die Präsentation von Waren, Dienstleistungen, etc. kann der Programmgestaltung auch durchaus förderlich sein: So umfasst der Programmauftrag die Aufgabe, dem Zuschauer ein umfassendes Bild der Wirklichkeit zu vermitteln.²⁴⁾ Zu diesem Zweck kann beispielsweise die Erwähnung von Marken oder die Darstellung von Markenprodukten geboten sein.²⁵⁾

Ferner können auch dramaturgische Gründe dafür sprechen, bestimmte Werbeeinflüsse in Kauf zu nehmen.²⁶⁾ Hier dient als klassisches Beispiel die Darstellung des Fahrzeugs, dessen sich der Hauptdarsteller eines Films oder einer Serie zur realitätsnahen Verkörperung seiner gespielten Figur als Requisite bedient.

Ebenso unumgänglich sind Werbeeinflüsse, die im Zusammenhang mit Gewinnspielen oder Fernsehübertragungen aus produkt- oder werbegeprägten Umfeldern entstehen.²⁷⁾ In Fällen dieser Art, wo eine werberelevante Programmgestaltung geboten oder gar unumgänglich ist, kann der verfassungsrechtliche Programmauftrag des Rundfunks für eine Zulässigkeit von Werbeeinflüssen im Rundfunkprogramm sprechen.²⁸⁾

Der Schutzbereich von Trennungsgrundsatz und Schleichwerbungsverbot befindet sich folglich im Spannungsfeld gegenläufiger Aspekte des verfassungsrechtlichen Programmauftrags.²⁹⁾ Er ist dort betroffen, wo überwiegende Gefahren für die Autonomie der Programmverantwortlichen bestehen und wo die den Programmauftrag begünstigenden Wirkungen in den

Hintergrund treten. Den so skizzierten Schutzbereich beschreibt die Definition der Schleichwerbung gem. § 2 Abs. 2 Nr. 6 RStV mit dem Tatbestandsmerkmal der Werbeabsicht. Liegt eine Werbeabsicht vor, geht das Gesetz von einer unzulässigen Schleichwerbung aus, sofern der Zuschauer über die Werbeabsicht getäuscht wird. Wo im Einzelfall die Grenze zwischen einem noch zulässigen Werbeeinfluss und einer unzulässigen Werbeabsicht zu ziehen ist, hat sich schließlich an einer Abwägung zwischen Faktoren zu orientieren, die den Programmauftrag begünstigen und Faktoren, die ihn beeinträchtigen.

b) Vertrauen in die Objektivität des Rundfunks

Sobald sich das Rundfunkprogramm zum Instrument privatwirtschaftlicher Interessen entwickelt, ist nicht nur die unbeeinflusste Programmgestaltung gefährdet, sondern zugleich auch das Vertrauen des Zuschauers erschüttert, das er in die Objektivität und die Glaubwürdigkeit des Rundfunks setzt.³⁰⁾ Im Vertrauen in die Objektivität des Rundfunks spiegelt sich mithin die Objektivität und Neutralität innerhalb der Programmgestaltung wider. Für den Schutzbereich dieses Vertrauens muss daher entsprechendes gelten wie für das Schutzgut einer unbeeinflussten Programmgestaltung: Das Vertrauen des Zuschauers zielt nicht darauf, Werbeeinflüsse im Programm um ihrer selbst Willen zu vermeiden, sondern um die Objektivität bei der Wahrnehmung des Programmauftrags nicht zu beschädigen. Die Grenzen des Schutzbereichs können folglich auch hier nur im Wege einer Abwägung ausgelotet werden.

c) Verbraucherschutz vor Irreführung

Eine mit dem Vertrauen des Zuschauers in die Objektivität des Rundfunks vergleichbare Schutzrichtung verfolgt auch der Verbraucherschutz vor einer Irreführung des Zuschauers über den werbenden Charakter einer Sendung. Der Zuschauer ist sich bewusst, dass Werbeaussagen der Absatzförderung dienen und daher nicht objektiv und ausgewogen sind. Sein Vertrauen in die Objektivität des Rundfunks ist folglich allein auf den werbefreien Programmteil bezogen. Dieses Vertrauen in den grundsätzlich werbefrei gestalteten Programmteil macht den Zuschauer jedoch für Irreführungen anfällig, vor denen ihn der Trennungsgrundsatz in Verbindung mit dem Schleichwerbungsverbot schützen soll.

Der Schutzbereich kann freilich erst eröffnet sein, wenn ein Werbeeinfluss vorliegt, der nicht durch den Programmauftrag gerechtfertigt ist. Nur in diesem Fall kann die Unabhängigkeit und Objektivität des Rundfunks beeinträchtigt werden und der Zuschauer einer Täuschung hierüber unterliegen. Auch die Gefahr vor einer Irreführung des Zuschauers über den werbenden Charakter einer Sendung ist folglich im Spannungsfeld der gegenläufigen Aspekte des verfassungsrechtlichen Programmauftrags zu bewerten. Allein über Werbeeinflüsse, die nicht durch den Programmauftrag gerechtfertigt sind, kann der Zuschauer irreführt werden.³¹⁾

22) Vgl. *Schultze*, Product Placement im Spielfilm, München 2001, S. 89.

23) *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stotner*, Rundfunkstaatsvertrag Kommentar, Stand April 2004, § 7 Rn. 49 f.

24) Diese Funktion des Rundfunks findet etwa für das ZDF in § 2 ZDF-Staatsvertrag seinen einfachgesetzlichen Niederschlag.

25) *Bork*, GRUR 1998, S. 264 (279); *Henning-Bodewig*, GRUR 1988, S. 867 (871); *Sack*, AfP 1991, S. 704 (705).

26) *Bork*, GRUR 1998, S. 264 (279); *Henning-Bodewig*, GRUR 1988, S. 867 (871); *Sack*, AfP 1991, S. 704 (705).

27) *Beucher/Leyendecker/v.Rosenberg*, Mediengesetze, § 7 RStV, Rn. 50 f.

28) *Greffinius/Fikentscher*, ZUM 1992, S. 526 (528).

29) Vgl. *Greffinius/Fikentscher*, ZUM 1992, S. 526 (528).

30) Vgl. *Ahrens*, GRUR 1995, S. 307.

31) *Volpers/Herkströter/Schnier*, Die Trennung von Werbung und Programm im Fernsehen, Opladen 1998, S. 118.

d) Wettbewerbsschutz

Bei einem Verstoß gegen die Neutralität des Rundfunks gegenüber sachfremden Einflüssen der Werbewirtschaft ist auch die Gleichheit der wettbewerblichen Ausgangsbedingungen verletzt.³²⁾ Soweit man dem Trennungsgrundsatz daher eine wettbewerbsschützende Funktion zuschreibt,³³⁾ steht auch sie in einem Wirkungszusammenhang mit dem Programmauftrag des Rundfunks: Der Wettbewerbsschutz verlangt nicht die völlige Freiheit des Rundfunks von Werbeeinflüssen, sondern die Freiheit von Werbeeinflüssen, die jenseits einer Rechtfertigung durch den Programmauftrag Einfluss auf den Wettbewerb nehmen. Auf diesem Wege findet der Wirkungsbereich dieses Schutzguts seine Begrenzung im funktionalen Gehalt der Rundfunkfreiheit.

3. Tatbestandliche Reichweite des Schleichwerbungs-begriffs aus § 2 Abs. 2 Nr. 6 RStV

Die Einordnung des Schleichwerbungsverbots in den Kontext der Rundfunkfreiheit hat gezeigt, dass nicht jede werbliche Auswirkung einer Rundfunksendung das Trennungsgebot verletzt. Vielmehr verlangt die Rundfunkfreiheit eine differenzierende Betrachtung, die sich am Maßstab des rundfunkrechtlichen Programmauftrags zu orientieren hat. Eine verfassungskonforme Auslegung des Schleichwerbungsverbots aus § 7 Abs. 6 RStV hat folglich zu beachten, dass die verfassungsrechtlich geschützte Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht durch ein zu weites Verständnis des Schleichwerbungs-begriffs beeinträchtigt und die Erfüllung des Programmauftrags nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird.³⁴⁾ Unter diesen Voraussetzungen soll im Folgenden der Schleichwerbungs-begriff nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 RStV auf seine tatbestandliche Reichweite hin untersucht werden.

a) Werberelevante Handlung

Der Schleichwerbungs-begriff setzt zunächst eine Handlung voraus, die einen Werbeeinfluss im Rundfunkprogramm hervorrufen kann. Als solche nennt § 2 Abs. 2 Nr. 6 RStV die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen im Programm des Rundfunkveranstalters. Damit ist der Kreis werberelevanter Darstellungen und Erwähnungen sehr weit gefasst. Er schließt alle gängigen Erscheinungsformen der Schleichwerbung ein.

Die bekannteste Erscheinungsform ist die des sogenannten Product Placement,³⁵⁾ das vielfach als Synonym für den Begriff der Schleichwerbung verwendet wird. Allerdings erfasst das Product Placement nur eine einzige – wenn auch die am meisten verbreitete – Variante der dem Schleichwerbungs-begriff unterfallenden Handlungen. Sie besteht darin, bekannte Markenprodukte auf werbewirksame Weise visuell im Programm zu platzieren. Ob mit einer solchen Platzierung auch ein Verstoß gegen

das Schleichwerbeverbot einhergeht, bedarf jedoch einer Prüfung der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen. Aus diesem Grund sollte der Begriff des Product Placement nicht mit dem juristischen Begriff der Schleichwerbung gleichgesetzt werden.³⁶⁾ Der weit gefasste Kreis vom Schleichwerbungs-begriff erfasster Handlungen geht insofern über den mit Product Placement bezeichneten Lebenssachverhalt hinaus.

b) Werbeabsicht des Rundfunkveranstalters

Nicht jede werbewirksame Darstellung oder Erwähnung unterliegt dem Schleichwerbungsverbot. Als Schleichwerbung gilt eine Darstellung oder Erwähnung gem. § 2 Abs. 2 Nr. 6 RStV nur, wenn sie vom Rundfunkveranstalter absichtlich zu Werbezwecken vorgenommen wird. Die Werbeabsicht stellt sich mithin als das zentrale Merkmal zur Unterscheidung zulässiger von unzulässigen Werbeeinflüssen dar.

Wird ein Werbeeinfluss absichtlich zu Werbezwecken genutzt, ist zugleich auch die Schwelle überschritten, bis zu der werbewirksame Darstellungen oder Erwähnungen noch durch den verfassungsrechtlichen Programmauftrag gedeckt sein können. Andererseits verlangt eine verfassungskonforme Auslegung, das Merkmal der Werbeabsicht erst dann als erfüllt anzusehen, wenn sich die überwiegende Zweckrichtung einer werbewirksamen Erwähnung oder Darstellung nicht mehr am Ziel des Programmauftrags ausrichtet.

Diese Feststellung kann nicht im Wege einer statischen Subsumtion getroffen werden, sondern bedarf einer Abwägung im Einzelfall. Gleichwohl lassen sich Kriterien aufstellen, die als Abwägungsleitlinien dienen können. Da sich der innere Tatbestand einer Werbeabsicht nur schwerlich nachweisen lässt, ist man auf objektive Indizien für sein Vorliegen angewiesen. Der Rundfunkstaatsvertrag nennt in § 2 Abs. 2 Nr. 6 beispielhaft nur die Entgeltlichkeit als Hinweis für das Vorliegen einer zu Werbezwecken erfolgenden Darstellung oder Erwähnung. Darüber hinaus können aber auch weitere objektive Umstände auf einen Werbezweck hindeuten. Um verlässliche Kriterien zur Konkretisierung des Merkmals der Werbeabsicht gewinnen zu können, ist eine nähere Untersuchung dieser Umstände auf ihre Eignung und Gewichtung hin erforderlich.

aa) Intensität der Werbewirkung

Das sinnfälligste Indiz, das auf eine Werbeabsicht schließen lässt, ist die nach Art und Ausmaß zu bewertende Intensität der Werbewirkung. Sie ist als hoch einzustufen, wenn die konkrete Darstellung etwa durch die Kameraführung im Programm besonders auffällig ist und so ein Produkt oder eine Marke herausgestellt präsentiert wird.³⁷⁾ Als auffällig müssen insbesondere Einblendungen gelten, die von langer Dauer sind, in einem großen Format abgebildet werden, allein ohne andere Produkte auf dem Bildschirm erscheinen oder keinen unmittelbaren Bezug zum Handlungsablauf erkennen lassen.³⁸⁾ In diesen Fällen

32) Vgl. *BGH GRUR* 1990, S. 611 (615) – „Wer erschoss Boro?“.

33) So *BGH GRUR* 1990, S. 611 (615) – „Wer erschoss Boro?“; kritisch dagegen *Schultze*, Product Placement im Spielfilm, München 2001, S. 93 f.

34) Vgl. allgemein zum Trennungsgebot *BGH GRUR* 1990, S. 611 (614) – „Wer erschoss Boro?“.

35) Vgl. zum Product Placement, *Bruhn*, Sponsoring, Frankfurt/Wiesbaden 1987, S. 70.

36) So auch *Schultze*, Product Placement im Spielfilm, München 2001, S. 17.

37) *Greffinius/Fikentscher*, *ZUM* 1992, S. 526 (529); *Platho*, *ZUM* 2000, S. 46 (48); *Sack*, *AfP* 1991, S. 704 (708); *ders.*, *ZUM Sonderheft* 1987, S. 103 (115).

38) *Bork*, *Werbung im Programm*, München 1988, S. 54; Vgl. auch *Platho*, *ZUM* 2000, S. 46 (48); *Sack*, *AfP* 1991, S. 704 (708).

Gounalakis – Werbung im Rundfunkprogramm – Zwischen Trennungsgrundsatz und Schleichwerbungsverbot

liegt die Vermutung nahe, die exponierte Darstellung könnte durch eine Werbeabsicht motiviert sein.

bb) Rechtfertigung durch den Programmauftrag

Die auf der Intensität des Werbeeffekts beruhende Vermutung einer Werbeabsicht lässt sich jedoch widerlegen, wenn der Werbeeffekt auf die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Programmauftrags zurückgeführt werden kann. Ist eine werberelevante Handlung zur Verwirklichung des Programmauftrags unvermeidbar, deutet dies darauf hin, dass die erzielte Werbewirkung nicht beabsichtigt war.³⁹⁾ Als unvermeidbar sind Darstellungen und Erwähnungen einzustufen, die aus redaktionellen, journalistischen oder dramaturgischen Gründen gerechtfertigt sind.⁴⁰⁾

Ob ein bestimmter programmlicher Anlass einen Werbeeffekt rechtfertigt, ist unter besonderer Berücksichtigung der Programmfreiheit und des Programmauftrags, dem Informationsbedürfnis und der Bedeutung für die Meinungsbildung festzustellen.⁴¹⁾ Für die Unvermeidbarkeit einer werbewirksamen Darstellung ist zwischen verschiedenen Fallgruppen zu differenzieren:

Spielfilme, Fernsehfilme und Serien sind auf die Darstellung wirklichkeitsnaher Szenarien angewiesen. Der Einsatz von Markenartikeln ist daher aus Gründen der Dramaturgie und Realitätsnähe oftmals unvermeidbar. Dies gilt jedenfalls für Produkte, die wegen ihrer markentypischen Eigenart unverkennbar sind und deren Darstellung Bestandteil eines natürlichen Handlungsablaufs ist.⁴²⁾ Ein natürlicher Handlungsablauf indes ist nicht mehr gegeben, wenn die werbewirksamen Züge einer Szene realitätsfern erscheinen und dem Charakter eines Werbespots ähneln.⁴³⁾

In Quiz-, Unterhaltungssendungen und Talkshows treten Werbeeffekte hauptsächlich im Zusammenhang mit Gewinnspielen, der Erwähnung von Produkten im Gespräch oder durch die Einblendung der auf der Kleidung eines Gastes angebrachten Sponsorenwerbung auf. Da das Gewinnspiel ohne einen ausgelobten Preis nicht möglich wäre, ist die Darstellung des ausgelobten Gegenstands programmlich gerechtfertigt, sofern sie sich im Rahmen des sachlich Gebotenen bewegt.⁴⁴⁾ Als unvermeidbar muss ferner auch der an der Kleidung eines Studiogastes angebrachte Werbehinweis zu bewerten sein, wenn das programmliche Interesse am Auftritt des Gastes, etwa eines Spitzensportlers, den mit seinem Auftritt verbundenen Werbeeffekt als hinnehmbar erscheinen lässt. Denn der Spitzensportler wird seinen Auftritt regelmäßig von der Bedingung abhängig machen, auch seinen Sponsor in Szene setzen zu dürfen.⁴⁵⁾

Eine weitere Fallgruppe betrifft die Fernsehübertragung von öffentlichen Veranstaltungen. Kann der Rundfunkveranstalter keinen Einfluss auf die werbefreie Gestaltung im Umfeld dieser Veranstaltung nehmen, sind die mit der Übertragung zwingend einhergehenden Werbeeffekte unvermeidbar. Das programmliche Interesse an einer Übertragung entscheidet somit darüber, ob die Werbeeffekte hinzunehmen sind.⁴⁶⁾

Warentest- und Ratgebersendungen sind regelmäßig auf die Präsentation von Produkten angewiesen. Ihre programmliche Rechtfertigung ist jedoch an eine sachliche und neutrale Darstellung angewiesen. Hier muss stets der informatorische Zweck im Vordergrund stehen.⁴⁷⁾

Eine besondere Rechtfertigung kann sich schließlich für die Ausstrahlung fremdproduzierter Sendungen ergeben, wenn das programmliche Interesse an einer Ausstrahlung die unvermeidbar mit der Produktion verbundene Werbewirkung übersteigt. Denn in diesem Fall kann der Rundfunkveranstalter im Gegensatz zur Eigen-, Auftrags- oder Koproduktion keinen Einfluss auf die inhaltliche Gestaltung nehmen.⁴⁸⁾

Die genannten Fallgruppen verdeutlichen den beträchtlichen Freiraum, den der Programmauftrag für zulässige Werbewirkungen eröffnet. Dieser Freiraum birgt indessen die Gefahr, von den Programmverantwortlichen missbraucht zu werden: So werden sich die Programmverantwortlichen gegenüber dem Vorwurf der Schleichwerbung regelmäßig damit verteidigen, den verfassungsrechtlichen Programmauftrag erfüllt zu haben. Die programmliche Rechtfertigung einer werblichen Darstellung im Rundfunkprogramm lässt sich folglich nicht ohne weiteres feststellen. Sie ist auf zusätzliche objektivierende Kriterien angewiesen, die geeignet sind, das tragende Motiv für werbliche Sendeinhalte im Programm nachzuvollziehen.

(1) Finale Einbindung werblicher Elemente

Wie bereits dargestellt, bildet die Unvermeidbarkeit von Werbeeffekten ein wesentliches Indiz für die Rechtfertigung werblicher Programmbestandteile. Unvermeidbarkeit setzt freilich voraus, dass sich die Werbewirkung als Folge der Programmgestaltung erweist. Umgekehrt kann keine Rechtfertigung durch den Programmauftrag vorliegen, wenn die Programmgestaltung das Ergebnis planmäßig vorgesehener Werbehandlungen ist.⁴⁹⁾ Die zielgerichtete und planmäßige Einbindung werblicher Elemente in das Rundfunkprogramm ist folglich ein Indiz für eine zu Werbezwecken beabsichtigte Darstellung oder Erwähnung im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 6 RStV.⁵⁰⁾

Soweit also das Programmkonzept mit Rücksicht auf Werbehandlungen zu Stande gekommen ist oder abgeändert wird, deutet dies auf eine Werbeabsicht hin.⁵¹⁾ Ist zwar die finale Einbindung werblicher Elemente für sich genommen noch ein

39) Greffinius/Fikentscher, ZUM 1992, S. 526 (528); Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl., München 2003, S. 107, Rn. 58.

40) Henning-Bodewig, GRUR 1988, S. 867 (871); Platho, ZUM 2000, S. 46 (48); Sack, ZUM Sonderheft 1987, S. 103 (115); Greffinius/Fikentscher, ZUM 1992, S. 526 (529); Völkel, ZUM 1992, S. 55 (65).

41) Bork, Werbung im Programm, München 1988, S. 55.

42) Vgl. ablehnend für das Beispiel der Einblendung eines auf einer Waschmaschine erkennbaren Markensignets, Bork, GRUR 1988, S. 264 (270).

43) Bork, GRUR 1988, S. 264 (270).

44) Bosman, ZUM 1990, S. 545 (552).

45) Bosman, ZUM 1990, S. 545 (552).

46) So für die Übertragung von Sportveranstaltungen: Herkströter, ZUM 1992, S. 395 (402); Kühn, ZUM 1986, S. 370 (373); Sack, AfP 1991, S. 704 (707).

47) Sack, ZUM Sonderheft 1987, S. 103 (120).

48) Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Rundfunkstaatsvertrag Kommentar, Stand April 2004, § 7 Rn. 49 f.

49) Bork, Werbung im Programm, München 1988, S. 87.

50) Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Rundfunkstaatsvertrag Kommentar, Stand April 2004, § 7 Rn. 48; Henning-Bodewig, GRUR 1988, S. 867 (871).

51) Für den Fall eines nachträglich abgeänderten Drehbuchs vgl. Völkel, ZUM 1992, S. 55 (65).

Gounalakis - Werbung im Rundfunkprogramm - Zwischen Trennungsgrundsatz und Schleichwerbungsverbot

schwaches Indiz, das sich überdies nur schwer wird nachweisen lassen,⁵²⁾ kann es gleichwohl in Verbindung mit anderen Indizien, wie etwa der Zahlung eines Entgelts oder vertraglichen Absprachen, zum Nachweis einer Werbeabsicht beitragen. Insofern führt dann auch eine ansonsten mögliche Berufung auf den Programmauftrag ins Leere.

(2) *Vertragliche Absprachen mit Kooperationspartnern*

Überzeugungskräftig lässt sich eine Werbeabsicht des Rundfunkveranstalters nachweisen, wenn er mit Dritten vertragliche Absprachen über die Einbindung werblicher Elemente trifft. Als grundsätzlich unbedenklich müssen Verträge angesehen werden, die lediglich die Bereitstellung von Produkten, Dienstleistungen oder Örtlichkeiten, die später im Programm dargestellt werden sollen, zum Gegenstand haben. Diese Form der Kooperation mit Dritten dient der Programmherstellung und ist vom Programmauftrag umfasst.⁵³⁾

Verträge jedoch, die eine Verpflichtung des Rundfunkveranstalters über die Art und Weise einer werblichen Darstellung vorsehen, stellen ein gewichtiges Indiz für ein Handeln zu Werbezwecken dar.⁵⁴⁾ Je detaillierter die Vorgaben für die Darstellung ausgestaltet sind, desto zwingender ist eine Darstellung oder Erwähnung zu Werbezwecken indiziert. Findet also die werbewirksame Inszenierung eines Produkts seine Entsprechung in einer vertraglichen Verpflichtung, verliert der Verweis auf den rundfunkrechtlichen Programmauftrag an Überzeugungskraft.

(3) *Ungleichmäßige Auswahl begünstigter Marken, Hersteller oder Dienstleister*

Für eine Werbeabsicht spricht ferner, wenn die Auswahl der Marken, Hersteller oder Dienstleister unausgewogen ist.⁵⁵⁾ Ist die Verwendung eines Markenprodukts zwar an sich vom Programmauftrag gedeckt, hat dennoch eine gleichmäßige Auswahl der von der Werbewirkung begünstigten Marken, Hersteller oder Dienstleister zu erfolgen, um dem Vorwurf der Werbeabsicht zu begegnen. Hier kommt zunächst eine Ausgewogenheit gemessen am gesamten ausgestrahlten Programm in Betracht. Überzeugender dürfte jedoch eine Ausgewogenheit innerhalb eines jeden Programmgenres sein. Wo Aspekte der Programmgestaltung – etwa der Kontinuität einer Fernsehserie – dies zulassen, ist auch an einen in zeitlichem Abstand erfolgenden Austausch innerhalb derselben Serie, Show, etc. zu denken.

(4) *Erbringen einer Gegenleistung*

Wird für die Vornahme einer werbewirksamen Darstellung im Rundfunkprogramm ein Entgelt entrichtet, ist dies das gewichtigste Indiz für eine Werbeabsicht.⁵⁶⁾ Insofern heißt es in § 2

Abs. 2 Nr. 6 S. 2 RStV: „Eine Darstellung oder Erwähnung gilt insbesondere dann als zur Verfolgung von Werbezwecken beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt.“ Diese Formulierung wirft die Frage auf, ob das Erbringen eines Entgelts in jedem Fall ein zwingendes Indiz für eine Werbeabsicht darstellt, oder ob nicht in Kollisionsfällen auch eine Rechtfertigung durch den Programmauftrag möglich ist.

(a) *Begriff der Gegenleistung*

Einzelne Stimmen innerhalb der rechtswissenschaftlichen Literatur sehen in der Bestimmung des § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 2 RStV eine widerlegbare Vermutung für eine Werbeabsicht, die noch Raum für eine Abwägung mit der Rundfunkfreiheit bietet.⁵⁷⁾ Andere dagegen begreifen sie als unwiderlegbare gesetzliche Fiktion, die keiner programmlichen Rechtfertigung zugänglich ist.⁵⁸⁾ Dieser Streit trifft jedoch nicht den Kern des eigentlichen Problems, das der Begriff der Gegenleistung nach S. 2 RStV aufwirft:

Die Legaldefinition § 2 Abs. 2 Nr. 6 RStV greift den idealtypischen Regelfall der Schleichwerbung heraus⁵⁹⁾ und nennt die Zahlung eines Entgelts als zwingenden Indiztatbestand. Einschlägig kann der Indiztatbestand daher nur sein, soweit auch die typische Form einer entgeltlichen Schleichwerbung betroffen ist. Denn nur auf den Regelfall entgeltlich geleisteter Werbehandlungen nimmt der Tatbestand auch Bezug.

Typischerweise wird der Hersteller eines Produkts zu einer Gegenleistung nur bereit sein, wenn sich der Rundfunkveranstalter im Gegenzug einverstanden erklärt, das Produkt auch werbewirksam in Szene zu setzen. Dies ist auf die fehlende Eigenschaft eines Großteils der Produkte des täglichen Bedarfs zurückzuführen, schon ohne eine werbewirksame Kameraführung einen Werbeeffect hervorzurufen.

Wird beispielsweise innerhalb einer Filmszene eine Waschmaschine als Requisite verwendet, ist ohne eine besondere Kameraführung die Marke der Maschine nicht erkennbar. Hier wird kaum ein Hersteller ein Entgelt für den reinen Einsatz als Requisite zahlen wollen. Er wird vielmehr erwarten, dass die Waschmaschine inklusive ihres Markensignets für einige Sekunden sichtbar ins Bild rückt. An diesem Regelfall muss sich auch die Auslegung des Gegenleistungsbegriffs aus § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 2 RStV orientieren: Gegenleistungen im Sinne der Vorschrift sind nur solche Leistungen, die ausdrücklich für die werbewirksame Inszenierung eines Produkts erbracht werden.⁶⁰⁾ Liegt eine solche Inszenierung vor, bleibt auch kein Raum mehr für eine Berufung auf den Programmauftrag. Eine Werbeabsicht des Rundfunkveranstalters ist zwingend indiziert.

52) *Bork*, Werbung im Programm, München 1988, S. 59.

53) Für das ZDF etwa ist dies einfachgesetzlich in § 3 ZDF-StV normiert.

54) *Grefenius/Fikentscher*, ZUM 1992, S. 526 (529); *Sack*, AP 1991, S. 704 (707); *Völkel*, ZUM 1992, S. 55 (65).

55) *Völkel*, ZUM 1992, S. 55 (65).

56) *Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg*, Mediengesetze, § 7 RStV, Rn. 47; *Grefenius/Fikentscher*, ZUM 1992, S. 526 (529); *Henning-Bodewig*, GRUR 1988, S. 867 (872); *Herkströter*, ZUM 1992, S. 395 (402); *Sack*, AP 1991, S. 704 (707); *ders.*, ZUM Sonderheft 1987, S. 103 (116); *Völkel*, ZUM 1992, S. 55 (64).

57) *Schulze*, Product Placement im Spielfilm, München 2001, S. 190; *Herkströter*, ZUM 1992, S. 395 (402).

58) *Plath*, ZUM 2000, S. 46 (48); *Volpers/Herkströter/Schnier*, Die Trennung von Werbung und Programm im Fernsehen, Opladen 1998, S. 125.

59) *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Rundfunkstaatsvertrag Kommentar, Stand April 2004, § 7 Rn. 46.

60) *Ladeur*, in: Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, München 2003, § 7 RStV, Rn. 53.

Gounalakis - Werbung im Rundfunkprogramm - Zwischen Trennungsgrundsatz und Schleichwerbungsverbot

Die Frage, ob es sich bei dem Tatbestand des § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 2 RStV um eine gesetzliche Fiktion oder eine widerlegliche Vermutung handelt, wird damit freilich gegenstandslos. Denn Fälle, in denen das Entgelt nicht unmittelbar für eine werbewirksame Inszenierung entrichtet wurde, können insofern zwar immer noch eine starke Indizwirkung entfalten, erlauben jedoch mangels Gegenleistung im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 2 RStV eine am Programmauftrag zu messende Einzelfallbetrachtung.

Dagegen vermag auch der Einwand nicht zu überzeugen, es seien schlechterdings keine Konstellationen denkbar, in denen der Hersteller eines Produkts für die Zahlung eines Entgelts nicht zugleich auch eine werbewirksame Inszenierung auf Seiten des Rundfunkveranstalters erwarte.⁶¹⁾ In vielen Fällen kann der Hersteller nämlich schon ein Interesse daran haben, dass sein Produkt ohne eine besondere werbliche Hervorhebung als Requisite verwendet wird. Dies ist bei besonders markanten Produkten wie Autos oder bei markanten Gebäuden und Verkehrsmitteln, die auf bestimmte Firmen verweisen, der Fall. Hier folgt bereits aus der Eignung der Produkte, ohne eine besondere werbliche Hervorhebung mit dem Hersteller in Verbindung gebracht werden zu können, das geldwerte Interesse des Herstellers an einer Verwendung.

Zwar wird der für die Verwendung zahlende Hersteller darauf achten, sein Produkt nicht mit imageschädigenden Programmen in Verbindung zu bringen und eine dementsprechende Auswahl treffen. Doch solange keine finale Einbindung des Produkts in das Programm erfolgt, keine Absprachen über eine werbliche Darstellung getroffen werden und die konkrete Darstellung eines Produkts programmlich unvermeidbar ist, kann auch bei der Zahlung von Entgelten nicht zwingend auf eine Werbeabsicht des Rundfunkveranstalters geschlossen werden.⁶²⁾ Vielmehr ist auch hier eine Abwägung der genannten Faktoren geboten.

Im Ergebnis bleibt es mithin bei der oben getroffenen Differenzierung: Unter einer Gegenleistung im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 2 RStV sind nur solche Leistungen zu verstehen, die ausdrücklich für eine werbewirksame und über eine ohnehin vorhandene Werbewirkung markanter Gegenstände hinausgehende Inszenierung erbracht werden. Für alle anderen Gegenleistungen ist eine Abwägung mit den übrigen Kriterien zur Ermittlung einer Werbeabsicht geboten.

(b) Kostenlose Produktionshilfe

Die am weitesten verbreitete Art der Gegenleistung für Produktabbildungen im Rundfunkprogramm besteht in der kostenlosen Bereitstellung oder endgültigen Überlassung von Requisiten. Einigkeit besteht darüber, dass zumindest die Fälle kostenloser Bereitstellungen von Requisiten nicht gegen das Schleichwerbungsverbot verstoßen.⁶³⁾ Die hierfür angeführten

Begründungen erweisen sich jedoch zum Teil als wenig tragfähig.

So wird behauptet, die Bereitstellung von Requisiten stelle lediglich einen mittelbaren Vorteil dar und sei daher nicht mit der Zahlung eines Entgelts gleichzusetzen.⁶⁴⁾ Wo jedoch der qualitative Unterschied zwischen einem Entgelt und der Ersparnis eines ansonsten für die Requisite aufzubringenden Mietzinses liegen soll, vermag nicht recht einzuleuchten.⁶⁵⁾ Hätte nämlich die Requisite zunächst angemietet werden müssen und zahlte der Hersteller erst anschließend ein dem Mietzins entsprechendes Entgelt, wäre der geldwerte Vorteil ebenso groß wie bei einer kostenlosen Bereitstellung.

Die kostenlose Bereitstellung oder Überlassung von Requisiten ist also sehr wohl mit der Zahlung von Entgelten vergleichbar. Insofern verfängt auch die Billigkeitserwägung nicht, die Hersteller sollten neben dem kostenlosen Werbeeffect nicht auch noch durch den Ankauf der Requisite begünstigt werden.⁶⁶⁾ Denn auch die kostenlosen Bereitstellungen erfolgen nicht aus Gründen der Billigkeit, sondern des wirtschaftlichen Kalküls.

Schon überzeugender ist die Begründung von *Sack*,⁶⁷⁾ der argumentiert, bei der Verwendung kostenlos entliehener Requisiten bestünde gegenüber den übrigen Fällen gezahlter Entgelte nicht annähernd die gleiche Gefahr, dass nur um eines wirtschaftlichen Vorteils willen Produkte in eine Sendung hineingenommen werden. Zwar vermag auch dieses Argument nichts daran zu ändern, dass es sich bei der kostenlosen Bereitstellung um einen geldwerten Vorteil handelt. Doch es deutet mit seinem Verweis auf die begrenzten Gefahren für die Schutzgüter des Trennungsgebots auf die grundsätzliche Möglichkeit der Rechtfertigung geldwerter Vorteile hin.

Die Ursache, auf die sich die argumentative Schwäche der genannten Begründungsversuche zur Zulässigkeit kostenloser Bereitstellungen zurückführen lässt, besteht letztlich in dem verbreiteten Fehlverständnis, jede Form erbrachter Gegenleistungen führe automatisch zu einem Verstoß gegen das Schleichwerbungsverbot. Diesem Fehlverständnis ist bereits oben widersprochen worden. Die Grenze für die rechtliche Zulässigkeit kostenlos zur Verfügung gestellter Requisiten ist folglich auch hier mit dem Merkmal der Werbeabsicht gezogen. Insofern kann auf die vorstehend gefundenen Grundsätze zurückgegriffen werden:

Die zulässige Darstellung kostenlos überlassener Requisiten im Rundfunkprogramm setzt zunächst voraus, dass es sich bei der Requisite um ein markantes Produkt handelt, das bereits ohne eine besondere werbliche Hervorhebung seinen Hersteller erkennen lässt. Anderenfalls liegt eine Gegenleistung im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 2 RStV vor, die wegen ihres Bezugs zu einer werblichen Inszenierung ohne weiteres auf eine Werbeabsicht schließen lässt. Weiterhin muss die Darstellung aus dramaturgischen Gründen geboten und in einen natürlichen, nicht werblich inszenierten Handlungsablauf eingebunden sein. Die

61) So aber *Hennig-Bodewig*, GRUR 1988, S. 867 (873).

62) *Schultze*, Product Placement im Spielfilm, München 2001, S. 190; *Herkströter*, ZUM 1992, S. 395 (402); vgl. mit abweichender Begründung auch *Volpers/Herkströter/Schnier*, Die Trennung von Werbung und Programm im Fernsehen, Opladen 1998, S. 125.

63) *Ladeur*, in: Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, München 2003, § 7 RStV, Rn. 54; *Bork*, Werbung im Programm, München 1988, S. 61, 90; *Hesse*, Rundfunkrecht, 3. Aufl., München 2003, S. 108, Rn. 63; *Hennig-Bodewig*, GRUR 1988, S. 867 (872); *Sack*, AfP 1991, S. 704 (708); *Völkel*, ZUM 1992, S. 55 (65).

64) *Ladeur*, in: Hahn/Vesting, Kommentar zum Rundfunkrecht, München 2003, § 7 RStV, Rn. 54.

65) Vgl. *Schultze*, Product Placement im Spielfilm, München 2001, S. 129.

66) So aber *Hesse*, Rundfunkrecht, 3. Aufl., München 2003, S. 108, Rn. 63.

67) AfP 1991, S. 704 (708).

dramaturgische Gebotenheit darf schließlich nicht durch vertragliche Absprachen über die Art und Weise der Darstellung, die Finalität der konkreten Produkteinbindung oder die ungleichmäßige Auswahl begünstigter Hersteller überlagert werden.

c) Irreführung

Gem. § 2 Abs. 2 Nr. 6 RStV setzt Schleichwerbung neben einer Werbeabsicht noch voraus, dass eine Irreführung des Zuschauers hinsichtlich des eigentlichen Zwecks der Darstellung oder Erwähnung vorliegen muss. Dies wird in aller Regel bei Programmbeiträgen, die in werblicher Absicht gesendet werden und wegen ihrer vermeidbaren Werbewirkung den Trennungsgrundsatz unterlaufen, der Fall sein.⁶⁸⁾ Insofern ist bereits innerhalb der Untersuchung des Schutzbereichs von Trennungsgrundsatz und Schleichwerbeverbot darauf hingewiesen worden, dass sich das Vertrauen des Zuschauers nur auf eine Freiheit des Programms von nicht mehr programmbedingter Werbung richtet.

IV. Ergebnis

Die tatbestandliche Reichweite des Schleichwerbungsverbots aus § 7 Abs. 6 S. 1 RStV bestimmt sich nach seinem Schutzzweck, die Programmgestaltung vor Einflüssen der Werbewirtschaft zu bewahren. Dieser Schutzzweck findet im Merkmal der Werbeabsicht seinen Niederschlag. Erfolgt eine werbliche Darstellung oder Erwähnung absichtlich zu Werbezwecken, ist keine unbeeinflusste Programmgestaltung mehr gegeben und das Schleichwerbeverbot greift ein.

Neben der Werbeabsicht verlangt der Schleichwerbungs begriff aus § 2 Abs. 2 Nr. 6 RStV zwar noch, dass mit der Darstellung oder Erwähnung auch eine Irreführung des Zuschauers über

den Werbezweck einhergeht. Dies ist jedoch mit einer gewissen Zwangsläufigkeit anzunehmen, da der Zuschauer bei Werbeeffekten im Programm regelmäßig von deren programmlicher Gebotenheit ausgeht. Welches nun das tragende Motiv für den Einsatz werblicher Elemente im Programm war, lässt sich anhand objektiver Kriterien bestimmen.

Trotz eines objektiv nachvollziehbaren Bezugs zum Programmauftrag ist von einer Werbeabsicht des Rundfunkveranstalters auszugehen, wenn er vertragliche Verpflichtungen über die konkrete Art und Weise einer werbewirksamen Darstellung eingegangen ist. Wenn auch nicht in dieser Schärfe, deutet regelmäßig auch die finale Einbindung von Werbeeffekten in ein Programmkonzept oder Drehbuch auf eine Werbeabsicht hin. Gleiches gilt, wenn die Auswahl der Produkte und Hersteller, die von Werbewirkungen profitieren, einseitig und unausgewogen ist.

Den stärksten Hinweis für ein Handeln zu Werbezwecken liefert der Rundfunkveranstalter, wenn er von Dritten eine Gegenleistung für den Werbeeffekt entgegen nimmt. Zwingend ist dieses Indiz jedoch nur, wenn die Gegenleistung eine besondere werbewirksame Inszenierung abgibt. Wird die Gegenleistung dagegen nur für die Abbildung von besonders markanten Gegenständen erbracht, deren Werbewirkung bereits ohne eine besondere werbewirksame Inszenierung eintritt, ist dies nicht grundsätzlich unzulässig.

Dies gilt insbesondere für die Fälle kostenlos zur Verfügung gestellter Requisiten wie Autos oder für die kostenlose Gestattung von Aufnahmen in markanten Gebäuden, die vom Zuschauer automatisch mit einer bestimmten Marke in Verbindung gebracht werden. Die Darstellung erfolgt dann trotz des Entgelts nicht zu Werbezwecken, wenn objektiv ein unvermeidbarer Bezug zum Programmauftrag erkennbar ist, keine Absprachen über die konkrete Art der Darstellung getroffen wurden, keine zweckgerichtete Einbindung in das Programmkonzept stattgefunden hat und auch keine besonders werbewirksame Inszenierung stattfindet.

68) Volpers/Herkströter/Schnier, Die Trennung von Werbung und Programm im Fernsehen, Opladen 1998, S. 118.