

XI.

Schleichwerbung nach Abs. 7 und die Zulässigkeit von Produktplatzierungen

- 46 Abs. 7 Satz 1 stellt den Grundsatz auf, dass Schleichwerbung, Produkt- und Themenplatzierung sowie entsprechende Praktiken unzulässig sind. Mit Abs. 7 Satz 2 werden unter bestimmten Voraussetzungen Produktplatzierungen zugelassen. Während bis zum 1. April 2010 Schleichwerbung und Product Placement grundsätzlich verboten gewesen sind, erlaubt der Rundfunkstaatsvertrag aufgrund der Novellierung des Dreizehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrags die Produktplatzierung für den privaten Rundfunk unter der Voraussetzung, dass diese mit „offenem Visier“ antritt. Produktplatzierung stellt insoweit eine zulässige Form der Finanzierung¹⁾ von Programmen dar, gleichzeitig bedeutet die Zulässigkeit von Produktplatzierung im privaten Rundfunk eine Durchbrechung des in Abs. 3 verankerten Trennungsgebots.

Das System von verbotener Schleichwerbung, zulässiger Produktplatzierung sowie der Beistellung in Form von kostenlosen Produktionshilfen stellt sich somit wie folgt dar:

Ausgangspunkt ist die Grundregel des § 7, wonach Schleichwerbung verboten ist. Eine Ausnahme hiervon und damit eine Durchbrechung des Trennungsgrundsatzes machen die Regelungen über die Produktplatzierung. Allerdings sind gewisse Produktionshilfen aus der Definition der Produktplatzierung herausgenommen. Nach § 2 Abs. 2 Nr. 11 setzt eine Produktplatzierung nämlich voraus, dass die kostenlose Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen von bedeutendem Wert ist. Dies bedeutet im Gegenschluss, dass die Zurverfügungstellung von Waren oder Dienstleistungen von unbedeutendem Wert schon gar keine Produktplatzierung ist und weiterhin zulässig bleibt. Sie wird nicht von dem System von Schleichwerbung und zulässiger Produktplatzierung erfasst. Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk werden die Ausnahmen vom Verbot der Produktplatzierung in § 15 geregelt. Hiernach sind auch Programmbeistellungen von bedeutendem Wert gem. § 15 Satz 1 Nr. 2 zulässig. Voraussetzung hierfür ist, dass kein Entgelt geleistet wird, sondern lediglich bestimmte Waren oder Dienstleistungen, wie Produktionshilfen und Preise im Hinblick auf ihre Einbeziehung in eine Sendung kostenlos bereitgestellt werden. Diese Durchbrechung des Verbotes der Produktplatzierung gilt nicht, sofern es sich um Nachrichten, Sendungen zum politischen Zeitgeschehen, Ratgeber- und Verbrauchersendungen, Sendungen für Kinder oder Übertragungen von Gottesdiensten handelt.

Die Richtlinien von ARD und ZDF (dazu Anhang 1 und 2) sehen insoweit in Ziff. 9 detaillierte Regelungen vor. Auch müssen die Produktionshilfen gekennzeichnet werden (vgl. hierzu auch die Kommentierung zu § 15 sowie die Regelungen zu

1) Vgl. zur Bedeutung des Product Placement als Finanzierungsquelle *Kreile*, ZUM 2009, 709 ff.

den Hinweispflichten in den Richtlinien von ARD und ZDF). Für den privaten Rundfunk gilt auf Grund der gleichlautenden Vorschrift des § 44 Entsprechendes (vgl. hierzu Kommentierung zu § 44 und den entsprechenden Regelungen in den Richtlinien der Landesmedienanstalten, dazu Anhang 3 für den Bereich Fernsehen und Anhang 4 für den Bereich Hörfunk).

Abs. 7 Satz 2 sieht für den Fall, dass die Ausnahmetatbestände der §§ 15 und 44 zur Anwendung gelangen, weitere Voraussetzungen für die Produktplatzierung vor. Hierzu zählen Anforderungen an die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit hinsichtlich Inhalt und Sendeplatz, Verbot für spezielle verkaufsfördernde Hinweise sowie das Verbot, das Produkt zu stark herauszustellen. Weiterhin regelt Abs. 7 Satz 3 bis 5 konkrete Hinweis- und Kennzeichnungspflichten.

1. Novellierung der Produktplatzierungen im Dreizehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag

Mit der Novellierung der EU-Fernsehrichtlinie durch die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL)¹⁾ hat der europäische Gesetzgeber im Jahr 2007 die Vorschriften für die Produktplatzierung neu geregelt. Hintergrund war, dass nach Auffassung der Kommission in den Mitgliedstaaten die Frage der Produktplatzierung unterschiedlich geregelt war. Nach der Neuregelung in der AVMD-RL bleibt Produktplatzierung zwar nach wie vor grundsätzlich verboten, für Filme, Fernsehserien und Sportsendungen wird die Produktplatzierung aber als Ausnahme erlaubt, sofern ein Mitgliedstaat sie nicht ausdrücklich verbietet. Damit bleibt es auch unter europäischem Recht nach wie vor dem jeweils nationalen Gesetzgeber überlassen, ob er insbesondere für den Bereich Fernsehfilme und Serien, aber auch für Sportsendungen die Produktplatzierung zulässt. Mit dem zum 1. April 2010 in Kraft getretenen Dreizehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag hat der deutsche Gesetzgeber die Grundsatzentscheidung getroffen, Produktplatzierungen unter bestimmten Voraussetzungen im privaten Rundfunk zuzulassen, für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bleibt Product Placement nach wie vor verboten, jedoch wird im Rahmen von Fremdproduktionen die bisherige Praxis fortgeführt, wonach aufgedrängtes Placement zulässig ist. Weiterhin erlaubt § 15 Satz 1 Nr. 2 die kostenlose Beistellung von Waren oder Dienstleistungen in Form von Produktionshilfen und Preisen im Rahmen von Eigen- und Auftragsproduktionen.

2. Geltungsbereich

Die Vorschriften hinsichtlich des Verbots für Schleichwerbung gelten für Hörfunk und Fernsehen sowie aufgrund der Verweisung in § 58 Abs. 3 Satz 1 für Telemedien mit fernsehähnlichen Inhalten, die als audiovisuelle Mediendienste auf Abruf

1) ABl. EU vom 15.4.2010, L 95/1; Ring, Medienrecht, Band IVa 12.1; auch abgedruckt unter B 4 Rn. 71.

ausgestaltet sind. In Abs. 12 ist darüber hinaus klargestellt, dass auch für Teleshoppingkanäle die Vorschriften des Verbots der Schleichwerbung gelten.

3. Verbot der Schleichwerbung

- 49 In Abs. 7 ist der Grundsatz verankert, wonach Schleichwerbung, Produkt- und Themenplatzierung sowie entsprechende Praktiken unzulässig sind. Mit diesem Verbot konkretisiert Abs. 7 das bereits in Abs. 3 enthaltene Trennungsgebot zwischen Werbung und dem übrigen Programm.

§ 2 Abs. 2 Nr. 8 enthält in Übereinstimmung mit der AVMD-RL eine Legaldefinition für Schleichwerbung. Hiernach ist Schleichwerbung die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeit eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Sendungen, wenn sie vom Veranstalter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und mangels Kennzeichnung 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.

Schleichwerbung verlangt als Tatbestandsmerkmale somit:

- die absichtliche Erwähnung zu Werbezwecken
- die Irreführung des Zuschauers
- keine Rechtfertigung durch den verfassungsrechtlich geschützten Programmauftrag.¹⁾

3.1 Irreführung

- 50 Die Irreführung ist nach der Legaldefinition dann gegeben, wenn „mangels Kennzeichnung“ die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zwecks dieser Erwähnung oder Darstellung irregeführt wird. Die Definition der Schleichwerbung ist abzugrenzen von der Definition der Produktplatzierung, wie sie als Legaldefinition in § 2 Abs. 2 Nr. 11 niedergelegt ist. Hiernach ist Produktplatzierung „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“. Der entscheidende Unterschied zur Schleichwerbung liegt darin, dass die Schleichwerbung mangels Kennzeichnung nicht erkennbar ist, die Produktplatzierung diese jedoch ausdrücklich offenlegt und sich durch entspre-

1) Vgl. BGH, WRP 1990, 626 (630) „Wer erschoss Boro?“, BVerwG, ZUM 2015, 78 (84) Rn. 46; OVG Berlin-Brandenburg, ZUM 2007, 765 (766); Bornemann, ZUM 2015, 48 (49); Engels/Semrau, ZUM 2014, 946 (948); Himmelsbach, GRUR-Prax 2013, 78 (80); Glockzin, MMR 2010, 161 (163); Sack, AfP 1991, 704 (707);

chende Kennzeichnung dem Zuschauer bzw. dem Hörer offenbart. Für die Produktplatzierung besteht aufgrund der hinreichenden Kennzeichnung die Irreführungsgefahr, die das charakterisierende Merkmal der Schleichwerbung ist und das Verbot rechtfertigt, gerade nicht. Die Werbeabsicht wird vielmehr offengelegt, sodass die typische Gefahr der Irreführung über den Zweck der Produktdarstellung entfällt, weshalb die Zulässigkeit gerechtfertigt ist und der Schutz des Zuschauers vor Irreführung durch weniger strenge Maßgaben erreicht werden kann.¹⁾

Auch kostenlose Beistellungen von Waren oder Dienstleistungen gelten nach § 2 Abs. 2 Nr. 11 als Produktplatzierung, sofern die betreffende Ware oder Dienstleistung von bedeutendem Wert ist. Im Bereich des privaten und öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind kostenlose Beistellungen in Form von Produktplatzierungen auch dann zulässig, wenn sie von bedeutendem Wert sind. Dies gilt nach § 15 Satz 1 Nr. 2 und § 44 Satz 1 Nr. 2 für die Bereitstellung bestimmter Waren oder Dienstleistungen wie Produktionshilfen und -preisen, die kostenlos geliefert werden, sofern es sich nicht um Nachrichten, Sendungen zum politischen Zeitgeschehen, Ratgeber- und Verbrauchersendungen oder Sendungen für Kinder oder Übertragung von Gottesdiensten handelt. Weiterhin darf im Rahmen dieser Produktionshilfe keine Entgeltzahlung erfolgen, da ansonsten ein Fall der unzulässigen Schleichwerbung vorläge.

3.2 Werbeabsicht

Nach der Fiktion des § 2 Abs. 2 Nr. 8 gilt eine Erwähnung oder Darstellung „insbesondere dann als zu Werbezwecken beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung erfolgt“. Unerheblich ist dabei, ob die Gegenleistung an Angestellte oder freie Mitarbeiter des Rundfunkveranstalters selbst, Kameraleute, Regisseure oder eine vermittelnde Werbeagentur erbracht wird. Auch die zugrundeliegende Vertragskonstruktion ist irrelevant. Die Gegenleistung muss jedoch unmittelbar als Synallagma für die Erwähnung oder Darstellung der Waren oder Dienstleistungen gewährt werden, so dass ein Preisnachlass auf die übliche Lizenz die Fiktionswirkung nur auslöst, wenn er unmittelbar für die Mitübertragung der Werbung eingeräumt wird.²⁾

Das Kriterium der Werbeabsicht ist kumulativ zur Möglichkeit der Irreführung des Zuschauers Tatbestandsvoraussetzung der Schleichwerbung, weil die Irreführung sich auf die werbliche Absicht bezieht. Die Werbeabsicht ist deshalb Voraussetzung einer möglichen Irreführung, weil andernfalls der Zuschauer über das Ziel der Produktdarstellung gar nicht getäuscht werden kann.³⁾ Entfällt das Tatbestandsmerkmal der Irreführung im Rahmen des zulässigen Product Placements, kommt es auf die Frage der Entgeltzahlung nicht mehr an. Das Kriterium der Entgeltzahlung

1) Vgl. BVerwG, ZUM 2015, 78 (81 f.) Rn. 26.

2) VGH München, ZUM-RD 2015, 679 (681).

3) Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, ZUM 2007, 765 (767).

spielt also nur im Bereich der verbotenen Schleichwerbung eine Rolle, weil es eine Fiktion der Werbeabsicht, die als gesetzliches Tatbestandsmerkmal im Einzelfall positiv festgestellt werden muss,¹⁾ ermöglicht. Die Beurteilung muss aus Sicht des Rundfunkanbieters erfolgen, weil derjenige, der beispielsweise eine Requisite zur Verfügung stellt, dies möglicherweise mit Werbeabsicht tut, es aber darauf ankommt, ob der Rundfunkveranstalter die Darstellung aus programmlichen Gründen vornimmt oder ein Werbezweck verfolgt wird.²⁾

Das Vorliegen einer Werbeabsicht kann auch bei Eigen-, Ko- und Auftragsproduktionen auf Grund objektiver Indizien vermutet werden. Hierzu gehört vor allem das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu der visuellen oder akustischen Platzierung eines Produkts. Die Werbeabsicht des Rundfunkveranstalters wird regelmäßig aufgrund der werblichen Wirkung der Produktpräsentation aus Sicht eines objektiven Betrachters indiziert.³⁾ Die Intensität der Darstellung kann ebenfalls ein Indiz für die Werbeabsicht sein,⁴⁾ wobei aber der redaktionelle Gestaltungsspielraum nicht zu sehr eingeengt werden darf. Es kann deshalb nicht darauf ankommen, ob die Darstellung eines Produkts vermeidbar war, sondern ob diese durch das redaktionelle Konzept gerechtfertigt werden kann.⁵⁾ Hierbei kann die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung zur Absicht der Wettbewerbsförderung herangezogen werden, die im Einzelfall darauf abstellt, welche Rolle der Absicht im Vergleich zur Wahrnehmung der publizistischen Aufgaben zukommt.⁶⁾

Bei Kauf- und Fremdproduktionen ist hingegen erforderlich, dass sich der Rundfunkveranstalter die fremden Werbezwecke zu Eigen macht. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn er mit der Ausstrahlung einer Sendung eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt.⁷⁾ Die objektiv werbende Wirkung der Produktintegration kann hingegen bei Kauf- und Fremdproduktionen die Werbeabsicht des Rundfunkveranstalters nicht indizieren, da dieser keinen Einfluss auf die konkrete Darstellung ausüben kann.⁸⁾

1) OVG Berlin-Brandenburg, ZUM 2007, 765 (766).

2) Vgl. *Himmelsbach*, GRUR-Prax 2013, 78 (80).

3) VGH München, ZUM-RD 2015, 679 (681).

4) Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, ZUM 2009, 507 (511 f.).

5) OVG Berlin-Brandenburg, ZUM 2007, 765 (766).

6) Vgl. BGH, ZUM-RD 1998, 210 (212) m. w. Nachw.; vgl. zur lauterkeitsrechtlichen Beurteilung *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, 33. Aufl. 2015, § 4 Rn. 3.44.

7) Vgl. hierzu *Dörr/Kreile/Cole*, Handbuch Medienrecht, 2. Aufl. 2011, Abschnitt J.

8) Vgl. VG Berlin, ZUM-RD 2009, 292 (298); *Dörr/Kreile/Cole*, Handbuch Medienrecht, 2. Aufl. 2011, Abschnitt J. Rn. 41; *Engels/Giebel*, ZUM 2000, 265 (278); *Hahn/Lamprecht-Weißborn*, in: *Schwartmann*, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 3. Aufl. 2014, 6. Kap. Rn. 38; a. A. VGH München, ZUM-RD 2015, 679 (682).

3.3 Rechtfertigung der Produktplatzierung durch den verfassungsrechtlich geschützten Programmauftrag

Nach der von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geprägten Definition der Schleichwerbung verlangt Schleichwerbung als weiteres Tatbestandsmerkmal, dass keine Rechtfertigung durch den verfassungsrechtlich geschützten Programmauftrag vorliegt.¹⁾ Die Rechtsprechung erkennt damit an, dass gerade im Bereich des Fernsehens die Umgehung der Darstellung von realen Produkten nahezu unmöglich ist. Zu differenzieren ist daher zwischen unzulässiger Schleichwerbung und der programmlich-dramaturgisch gerechtfertigten Einbindung von Produkten in Fernsehsendungen. In diesen Fällen dürfte es auch an der Werbeabsicht des Rundfunkveranstalters fehlen. 52

Im Hinblick darauf, was dramaturgisch notwendig bzw. gerechtfertigt ist, muss die Einschränkung nach § 7 Satz 2 Nr. 3 berücksichtigt werden, sodass eine zu starke Herausstellung des Produkts nicht mehr zulässig ist (vgl. dazu unten Rn. 53d). Es muss darauf ankommen, ob die gezeigten Produkte der Abbildung einer realen Lebenswirklichkeit dienen.²⁾ Im Bereich nicht fiktionaler Programminhalte gilt entsprechend, dass es sich dann nicht um unzulässige Schleichwerbung handelt, wenn die Produktpräsentation in Wahrnehmung von Informationspflichten, z. B. im Rahmen einer Warentestsendung erfolgt.

Unzulässige Schleichwerbung liegt hingegen immer dann vor, wenn die Darstellungsweise im konkreten Einzelfall derart übersteigert ist, dass es sich um eine absichtlich zu Werbebezwecken eingesetzte Zurschaustellung handelt.

4. Erscheinungsformen von Schleichwerbung/Produktplatzierung

Schleichwerbung und Produktplatzierung unterscheiden sich, wie vorstehend unter Rn. 46 bzw. 50 dargelegt, dadurch, dass Schleichwerbung mangels Kennzeichnung nicht erkennbar ist, die Produktplatzierung jedoch mit offenem Visier in Form von entsprechender Kennzeichnung dem Betrachter diese kenntlich macht. Regelmäßig werden die Produkte werbewirksam in das Handlungsgeschehen eingebaut, indem der Protagonist eines Films beispielsweise auf seinem Handy eine Nachricht empfängt, die der Zuschauer durch eine Nahaufnahme des Gerätedisplays mitlesen kann, wodurch gleichzeitig der Hersteller des Handys erkennbar wird. Sehr häufig anzutreffen ist die Produktplatzierung auch im Zusammenhang mit Autos, die in Filmen so in Szene gesetzt werden, dass eine entsprechende werbliche Wirkung zugunsten des Herstellers entsteht. Dabei spielt auch eine 53

1) Vgl. BGH WRP 1990, 626 (630) „Wer erschoss Boro?“; BVerwG, ZUM 2015, 78 (84) Rn. 46; OVG Berlin-Brandenburg, ZUM 2007, 765 (766); Bornemann, ZUM 2015, 48 (49); Engels/Semrau, ZUM 2014, 946 (948); Himmelsbach, GRUR-Prax 2013, 78 (80); Glockzin, MMR 2010, 161 (163).

2) Vgl. dazu Engels, AfP 2011, 438 (440).

Rolle, inwieweit der Protagonist beispielsweise als Ikone wahrgenommen wird, so dass das Interesse daran, welche (Marken-)Produkte verwendet werden, zusätzlich steigt. Beispielhaft kann die „James Bond“-Reihe aufgezählt werden, bei der sich Hersteller stets eine Umsatzsteigerung für ihre Produkte davon versprechen, dass „James Bond“ ihr Handy benutzt, ihr Auto fährt, ihre Uhr trägt, ihr Bier trinkt und Ähnliches. Diese Form der Produktplatzierung bzw. Schleichwerbung ist durch den 1967 in den USA gedrehten Film „Reifeprüfung“ mit Dustin Hoffman bekannt geworden, in dem dieser den roten Alfa Romeo Spider nur gegen ein entsprechendes Entgelt seitens Alfa Romeo werbewirksam in Szene setzte.

Product Placement kommt in unterschiedlichen Arten vor.¹⁾ Zunächst ist Product Placement vom Generic Placement²⁾, d. h. der Platzierung einer ganzen Warengruppe (wie Automobile, Milchprodukte und Ähnliches) bzw. Einbettung eines allgemeinen Themas ohne Bezug zu einem bestimmten Unternehmen oder Produkt³⁾ und dem Image Placement abzugrenzen.

Unter Image Placement wird verstanden, dass die Thematik eines ganzen Films auf eine Firma oder ein Produkt zugeschnitten ist. Als Beispiel hierfür sei die Jubiläumssendung für das deutsche Automobil zum 100-jährigen Bestehen genannt, die sich nur mit Autos und dabei hauptsächlich mit Mercedes-Fahrzeugen beschäftigte und von der seinerzeitigen Daimler Benz AG mit DM 6 Mio. gesponsert wurde.⁴⁾

Zu den Formen des Image Placement gehört das so genannte Polit Placement, bei dem Politiker bewusst und gezielt Auftritte in Unterhaltungssendungen zur Imageverbesserung erhalten. Hierzu kann beispielsweise der Auftritt des ehemaligen niedersächsischen Ministerpräsidenten und Bundeskanzlers Gerhard Schröder im Film „Der große Bellheim“, der mit Landesmitteln unterstützt wurde, zählen. Auch die Mitwirkung des seinerzeitigen Ministerpräsidenten von Schleswig-Holstein, Björn Engholm, in der Serie „Der Landarzt“ kann als Beispiel gelten. In der jüngeren Vergangenheit erntete zudem Markus Söder, der bayerische Staatsminister für Finanzen, Landesentwicklung und Heimat, viel Kritik für seinen Gastauftritt in der Daily-Soap „Dahoam is Dahoam“ des Bayerischen Rundfunks, in der er die Vorzüge der realen Maßnahmen der damaligen Staatsregierung während eines dreiminütigen Dialogs herausstellte.

1) Vgl. hierzu ausführlich *Völkel*, ZUM 1992, 55 ff.

2) Vgl. dazu ausführlich mit Beispielen *Castendyk*, ZUM 2005, 857 (860 f.).

3) Vgl. mit Beispielen *Engels*, AfP 2011, 438 (440).

4) Vgl. hierzu *Bruhn*, Sponsoring, Satz 71.