

6. Kapitel

Recht der Werbung im Rundfunk

Literatur: von *Bentivegni* in Limper/Musiol, Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht, 2011, S. 808; *Berlit* Die Rechtsprechung der Instanzgerichte zum Recht des unlauteren Wettbewerbs XIV, GRUR-RR 2014, 49; *Bornemann* Der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag der Länder, NJW 2003, 787; *Bornemann/von Coelln/Kraus/Hepach/Himmelsbach/Lörz* Bayerisches Mediengesetz, Kommentar und Textsammlung, Loseblatt; *Bosman* Rundfunkrechtliche Aspekte der Trennung von Werbung und Programm, ZUM 1990, 545; *ders.* Verfassungsrechtliche Aspekte eines Werbeverbots für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ZUM 2003, 444; *Büscher* Aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Wettbewerbsrecht in den Jahren 2011–2013, GRUR 2013, 969; *ders.* Aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Wettbewerbsrecht seit Ende 2013, GRUR 2015, 5; *Castendyk* Die Neuregelung der Produktplatzierung im Fernsehen – Definition, Systematik, Prinzipien und Probleme, ZUM 2010, 29; *ders.* Werbeintegration im TV-Programm – wann sind Themen Placements, Schleichwerbung oder Sponsoring?, ZUM 2005, 857; *Castendyk/Dommering/Scheuer* European Media Law, 2008; *Danwitz* Zur Regulierung von "product placement" bei der Novellierung der EU-Fernsehrichtlinie, AfP 2005, 417; *Dolzer u.a. (Hrsg.)* Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt; *Dörr/Schwartmann* Medienrecht, 5. Aufl. 2014; *Eberle/Rudolf/Wasserburg* Mainzer Rechtshandbuch der Neuen Medien, 2003; *Eimeren/Frees* Fast 50 Millionen Deutsche online – Multimedia für alle?, Media Perspektiven 2010, 334; *Engels/Giebel* Das neue Fernsehwerberecht, ZUM 2000, 265; *Engels/Jürgens/Fritzsche* Die Entwicklung des Telemedienrechts im Jahr 2006, K&R 2007, 57; *Götting/Nordemann* UWG, Handkommentar, 3. Aufl. 2016; *Gounalakis* Werbung im Rundfunkprogramm – Zwischen Trennungsgebot und Schleichwerbeverbot, WRP 2005, 1476; *Gundel* Die EMRK und das Verbot der ideellen Rundfunkwerbung – Entwarnung für § 7 Abs. 9 RStV?, ZUM 2013, 921; *Hahn/Vesting* Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012; *Hain* Das werberechtliche Trennungsgebot und dieses flankierende Regelungen, K&R 2008, 661; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* Rundfunkstaatsvertrag, Loseblatt; *Hesse* Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003; *Hoeren* Das Telemediengesetz, NJW 2007, 801; *Kitz* Das neue Recht der elektronischen Medien in Deutschland – sein Charme, seine Fallstricke, ZUM 2007, 368; *Kleist/Lamprecht-Weißborn/Scheuer* Markt ohne Marketing?, 2008; *Köhler/Bornkamm* Wettbewerbsrecht, 35. Aufl. 2017; *Kreile/Diesbach* Der neue Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – was ändert sich für den Rundfunk, ZUM 2002, 849; *Ladeur* Neue Werbeformen und der Grundsatz der Trennung von Werbung und Programm, ZUM 1999, 672; *Leitgeb* „Undue prominence“ bei Product-Placement – Anmerkung zu Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 22. August 2013 – 2 A 10002/13.OVG, ZUM 2013, 987; *Lenz/Borchardt* EU-Verträge, 6. Aufl. 2012; *Lindloff/Fromm* Ist gekennzeichnete redaktionelle Werbung auf Webseiten strafbar? – Strafrechtliche Relevanz des Verschleierns von Werbehandlungen, MMR 2011, 359; *Matzneller* Rechtsrahmen der Werbung für Webradios, AfP 2013, 298; *Nikles/Roll/Spürck/Umbach* Jugendschutzrecht, 3. Aufl. 2011; *Paschke/Berlit/Meyer* Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl. 2016; *Petersen* Medienrecht, 5. Aufl. 2010; *Piper/Ohly/Sosnitza* Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016; *Rossen-Stadtfeld* Grenzen der Staatsaufsicht im Bereich des kommerziellen Rundfunks, ZUM 2008, 1; *Sauer* § 5 Pkw-EnVKV und audiovisuelle Mediendienste – Kennzeichnungspflicht für Werbevideos in den YouTube-Kanälen und Online-Videotheken der Pkw-Hersteller und Händler, WRP 2016, 807; *Schiwy/Schütz/Dörr* Medienrecht, Lexikon für Praxis und Wissenschaft, 5. Aufl. 2010; *Schmitz* Übersicht über die Neuregelung des TMG und des RStV, K&R 2007, 135; *Spindler/Schuster* Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015; *Tschentscher/Klee* Aktuelle Rechtsprobleme der Werbung im privaten Rundfunk, ZUM 1994, 146.

A. Die Werbung in den Medien

- 1 Werbung spielt immer noch und in immer neuen Formen¹ eine wesentliche Rolle in der Medienwelt. Für den privaten Rundfunk weist § 43 RStV² ausdrücklich auf Werbung als zulässige Einnahmequelle hin. Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist dies in § 13 RStV statuiert. Durch die Werbung wird die Existenz insbesondere der frei verfügbaren Medien ermöglicht und gesichert. Sie dient der Finanzierung von Medien und damit letztlich insgesamt der Informationsvermittlung und der Entfaltung der Meinungsfreiheit. Diesem Aspekt trägt auch die Regulierung Rechnung, indem sie eine Balance zwischen der Erreichung notwendiger Schutzziele einerseits und der Sicherung der Finanzierungsgrundlage für Medieninhalte andererseits herzustellen versucht. In diesem Sinne sind gerade im Rundfunkbereich Deregulierungstendenzen erkennbar, die einhergehen mit der Begrenzung werblicher Betätigungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter. Bereits mit der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie) wurde auf die Entwicklungen im Medienbereich und deren Auswirkungen auf die Finanzierung des kommerziellen Fernsehens mit einer Liberalisierung der Werberegeln reagiert.³ Diese Entwicklung setzt sich aktuell, erkennbar in den Beratungen zur Reform der AVMD-Richtlinie, fort.⁴
- 2 Werbung bezeichnet die kommerzielle Kommunikation zwischen verschiedenen Marktteilnehmern. Da die Regulierung der Werbung unterschiedlichen Zweckrichtungen folgt und sie sich je nach eingesetztem Medium und anvisierter Zielgruppe in ihrer Erscheinungsform unterscheidet, variiert auch das, was gesetzlich unter Werbung verstanden wird, je nach Regelungsnorm. Allgemein geht das Begriffsbild aber dahin, dass Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs ist, die mit dem Ziel getätigt wird, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern.⁵
- 3 Das Recht, zu werben, fällt in den Schutzbereich der Grundrechte. So umfasst Art. 12 Abs. 1 GG Werbung als Teil der beruflichen Außendarstellung, Art. 5 Abs. 1 GG zugleich die Werbung als Gegenstand oder Mittel der Meinungsäuße-

1 Siehe nur neuere Werbeformen wie beispielsweise die digitale Außenwerbung (Digital out of Home oder „DooH“).

2 Rundfunkstaatsvertrag v. 31.8.1991, in der Fassung des 20. Rundfunkänderungsstaatsvertrages v. 8.12.2016, in Kraft seit 1.1.2017 bzw. 1.9.2017.

3 S. Erwägungsgründe 4 sowie 81 und 85 der Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.3.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste – AVMD-Richtlinie).

4 Entwurf einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten COM(2016) 287 final, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0287&from=EN>.

5 Vgl. Art. 2 lit. a RL 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung.

rung.⁶ Werberestriktionen müssen daher als Schrankenregelung begriffen werden und unterliegen einer entsprechenden Rechtfertigungspflicht. Neben der verfassungsrrechtlichen Dimension ist Werbung darüber hinaus in das System der Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes einzuordnen.⁷ Werbebeschränkungen, die nicht produkt-, sondern nur vertriebsbezogene Maßnahmen darstellen, unterfallen dabei grundsätzlich nur dann der Warenverkehrsfreiheit, wenn sie inländische und aus anderen Mitgliedstaaten stammende Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich nicht in gleicher Weise berühren. Sie sind damit regelmäßig als zulässige allgemeine Verkaufsmodalitäten anzusehen, die nicht geeignet sind, den Marktzugang für Waren aus anderen Mitgliedstaaten zu erschweren.⁸ Ist eine Dienstleistung Gegenstand der Werbung oder stellt gerade die Werbung selbst eine Dienstleistung dar,⁹ kommt die im Verhältnis zu den anderen Grundfreiheiten subsidiäre Dienstleistungsfreiheit zum Tragen. Hiernach sind Beschränkungen der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs zumindest dem Grundsatz nach unzulässig; sie können jedoch nach der Ausnahmeregelung des Art. 62 i.V.m. Art. 52 AEUV (ex-Art. 55 i.V.m. 46 EGV) aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung weitere Ausnahmen zugelassen: Ihm folgend sind (unterschiedslos geltende) Beschränkungen ferner dann zulässig, wenn sie dem Schutz zwingender Gründe des Allgemeininteresses dienen.¹⁰ Ein solches wurde etwa in Form des Schutzes der Rundfunkteilnehmer vor übermäßiger Werbung gesehen.¹¹ Nationale Werbebeschränkungen bedürfen danach auch aus dem Blickwinkel europäischen Rechts der Rechtfertigung.¹²

Werberestriktionen erfolgen mit dem Ziel, die Unabhängigkeit der Medien vor der Einflussnahme Dritter sicherzustellen,¹³ zum Schutz des Verbrauchers, aber auch eines fairen Wettbewerbs. Sie sind in unterschiedlichen Kodifizierungen zu finden. Hierbei ist zu differenzieren zwischen allgemeingültigen wettbewerbs- oder verbraucherbezogenen Regelungen, die für alle Medien anwendbar sind, wie das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), und spezialgesetzlichen Regelungen, die nur für bestimmte Medien oder bestimmte Produkte bzw. Dienstleistungen gelten. Dazu gehören z.B. die Landespresse-

6 Vgl. auch zur Einordnung von in Werbeanzeigen enthaltenen Meinungsäußerungen des Werbenden in den Schutzbereich der Meinungs- bzw. Pressefreiheit des Zeitschriftenherausgebers grundlegend *BVerfGE* 102, 347 – Benetton-Werbung; *BVerfGE* 107, 275 – Benetton-Werbung II. Die durch Art. 10 EMRK geschützte Freiheit der Meinungsäußerung umfasst nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ebenfalls die Verbreitung von Informationen geschäftlicher Art durch einen Unternehmer, u.a. in Form von Werbebotschaften, vgl. *EGMR* 24.2.1994 – 15450/89, Series A, Nr. 285-A – Casado Coca/Spanien, Abs. 35f m.w.N. Von gleicher Bedeutung und Tragweite ist Art. 11 der EU-Charta (vgl. zuletzt *EuGH* 17.12.2015 – C-157/14, juris, Rn. 63 ff.).

7 Vgl. hierzu und zu Entwicklungen auf europäischer Ebene *Kleist/Lamprecht-Weissenborn/Scheuer* S. 15 ff.

8 *Lenz/Borchardt/Lux* Art. 34 Rn. 38.

9 Der Gerichtshof prüft mitunter beide Grundfreiheiten parallel, vgl. *EuGH* verb. Rs. C-34/95, C-35/95, C-36/95, Slg. 1997, I-3843 – Konsumentombudsmannen/de Agostini.

10 Vgl. *Lenz/Borchardt/Seyr* Art. 56/57 Rn. 23.

11 *EuGH* Rs. 52/79, Slg. 1980, 833, Abs. 15 – Debaue.

12 Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vgl. *EuGH* Rs. C-390/99, Slg. 2002, I-6087, Abs. 33 – Canal Satélite Digital: „nicht in einem Missverhältnis zum angestrebten Ziel“; *EuGH* Rs. 352/85, Slg. 1988, 2085, Abs. 36 – Bond van Adverteerders.

13 *Gounalakis* WRP 2005, S. 1476 ff.; *Eberle/Rudolf/Wasserburg/Friccius* Kap. V Rn. 19.

gesetze, die Landesmediengesetze, die ausführlichen Regelungen für Rundfunkwerbung im Rundfunkstaatsvertrag (RStV), das Telemediengesetz (TMG), das Telekommunikationsgesetz (TKG) oder der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV).¹⁴ Als nicht gesetzliche Maßgaben gelten die im Rahmen der Selbstregulierung auferlegten Verhaltensregeln wie die Publizistischen Grundsätze des Deutschen Presserats (z.B. der Pressekodex) oder die Regelwerke des Zentralverbands der deutschen Werbewirtschaft (z.B. die Verhaltensregeln des Deutschen Werberats gegen Herabwürdigung und Diskriminierung von Personen aus dem Jahr 2014) als Leitlinien für deren Mitglieder. Zur Durchführung der gesetzlichen Vorgaben aus den rundfunkrechtlichen Staatsverträgen der Länder sind die Landesmedienanstalten ihrer Ermächtigung und zugleich Verpflichtung nach § 46 RStV zum Erlass Gemeinsamer Richtlinien (so z.B. die Gemeinsamen Richtlinien der Landesmedienanstalten für die Werbung, die Produktplatzierung, das Sponsoring und das Teleshopping im Fernsehen bzw. Hörfunk)¹⁵ nachgekommen („WerbeRL/Fernsehen“ bzw. WerbeRL/Hörfunk“). Die Rechtsnatur der Richtlinien als norminterpretierende oder normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift ist nicht abschließend geklärt.¹⁶ Für die Auslegung und Anwendung der werberechtlichen Vorschriften des § 7 RStV hat das BVerwG jedoch festgestellt, dass den Landesmedienanstalten aufgrund fehlender besonderer Komplexität der Entscheidungsfindung kein Beurteilungsspielraum zukommt und es sich daher bei den hierauf bezogenen Richtlinien lediglich um norminterpretierende Verwaltungsvorschriften handelt.¹⁷ Den Richtlinien kommt insofern dann allenfalls eine interne Bindungswirkung für das Handeln der Landesmedienanstalten als Medienaufsicht zu.¹⁸ Für die Gerichte sind die Richtlinien hingegen nicht bindend und die Entscheidungen der Medienaufsicht vollumfänglich gerichtlich überprüfbar.

- 5 Nachfolgend werden werberechtliche Bezüge des Medienrechts unter besonderer Berücksichtigung des Rundfunks aufgezeigt. Schwerpunkt wird hierbei auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und den Rundfunkstaatsvertrag gelegt.

B. Werbung und Wettbewerbsrecht

- 6 Das Wettbewerbsrecht¹⁹ ist eine der tragenden Säulen des Medien- und Werberechts und für Medienunternehmen von vielfacher Bedeutung. Es dient insbesondere ihrem Schutz vor unlauteren geschäftlichen Handlungen von Mitbewerbern oder anderen Marktteilnehmern. Daneben stehen ebenso Interessen der Verbraucher sowie der All-

14 Darüber hinaus gibt es zahlreiche produkt- und berufsbezogene Regelungen mit Werbebeschränkungen wie z.B. das Heilmittelwerbegesetz (HWG), das Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB), das Weingesetz, die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) oder die Bundesnotarordnung (BNotO), s. hierzu die Übersicht in *Schiwy/Schütz/Dörr* S. 749 ff.

15 Gemeinsame Richtlinien i.d.F. v. 23.2.2010 (WerbeRL/Hörfunk) bzw. 18.9.2012 (WerbeRL/Fernsehen). Äquivalent für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk sind die ARD-Richtlinien für Werbung, Sponsoring, Gewinnspiele und Produktionshilfe sowie die ZDF-Richtlinien für Werbung, Sponsoring, Gewinnspiele und Produktionshilfe, jeweils in der Fassung v. 12.3.2010.

16 Zum Diskussionsstand und mit weiteren Nachweisen *Matzner* AfP 2013, 298, 302.

17 *BVerwG* 22.6.2016 - 6 C 9.15, juris, Rn. 16; 14.10.2015 - 6 C 17.14, Rn. 32 ff., NVwZ-RR 2016, 142, 146; 23.7.2014 - 6 C 31.13, *BVerwGE* 150, 169 Rn. 48.

18 *Bornemann* ZUM 2012, 89 ff.: Rechtssatzcharakter mit Außen- und Bindungswirkung.

19 Vgl. dazu i.Ü. 14. Kap.

gemeinheit im Fokus des Wettbewerbsrechts.²⁰ Ein funktionsfähiger Wettbewerb ist zudem zwar kein Garant, jedoch grundlegende Voraussetzung für die Meinungsvielfalt und für die Möglichkeit einer unabhängigen Meinungsbildung.²¹ Insofern stellt das Wettbewerbsrecht zugleich einen Baustein zur Sicherung auch publizistischer Vielfalt dar.²² Es unterlag in den letzten Jahren mehreren Reformen.

I. Die UWG-Novellen 2004, 2008 und 2015

Bereits 2004 wurde das UWG neu gestaltet und in seiner Systematik grundlegend geändert.²³ Der Begriff des Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs wurde durch den der Wettbewerbshandlung ersetzt. 2008 folgte erneut eine tiefgreifende Änderung des UWG.²⁴ Die Novelle diente der Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie).²⁵ Sie ersetzt den Begriff der Wettbewerbshandlung durch den der geschäftlichen Handlung.²⁶ 7

2015 wurde eine weitere UWG-Novelle erlassen. Sie dient der verbesserten Umsetzung der UGP-Richtlinie.²⁷ Der Gesetzgeber musste erneut tätig werden, weil die in der UWG-Novelle 2008 erfolgte Umsetzung der UGP-Richtlinie nicht den vom EuGH formulierten Anforderungen an eine korrekte Umsetzung entsprach und die Kommission dies beanstandet hatte.²⁸ 8

Das UWG 2015²⁹ enthält schon in den Allgemeinen Bestimmungen einige Neuerungen: In § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG wurde der Begriff der „fachlichen Sorgfalt“ durch den Begriff der „unternehmerischen Sorgfalt“ ersetzt. Der Begriff der „Marktgepflogenheiten“ wurde durch den der „anständigen Marktgepflogenheiten“ ersetzt. Neu hinzu kamen in § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG die Definition der „wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers“ in Umsetzung von Art. 2 lit. e UGP-Richtlinie sowie in § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG die Definition der „geschäftlichen Entscheidung“ in Umsetzung des Art. 2 lit. k UGP-Richtlinie. 9

20 Vgl. § 1 UWG.

21 S. Dörr/Schwartmann Rn. 380.

22 Unmittelbarer Regelungsgegenstand bundesrechtlicher Vorgaben darf nicht die Sicherung publizistischer Vielfalt, sondern muss die effektive Regulierung des Wettbewerbs, bei medienspezifischen Sachverhalten unter Berücksichtigung der besonderen Bedingungen der Medienmärkte, sein. Zum Erfordernis der „wesensmäßigen und historischen Zugehörigkeit“ der jeweiligen Materie vgl. BVerfGE 7, 29, 40; 36, 193, 203; 36, 314, 319; 48, 367, 373.

23 S. dazu auch 14. Kap. Rn. 9 ff. m.w.N.

24 Erstes Gesetz zu Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb v. 22.12.2008 (BGBl I S. 2949); nach weiteren Änderungen neugefasst durch Bekanntmachung v. 3.3.2010 (BGBl I S. 254).

25 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der RL 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der VO (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABIEU Nr. L 149/22 v. 11.6.2005.

26 Siehe zu den Entwicklungen im Wettbewerbsrecht in den Jahren 2011–2013 GRUR 2013, 969 ff. Der Begriff der Wettbewerbshandlung ist jedoch weiter für alle Handlungen maßgeblich, die vor dem Inkrafttreten der UWG-Novelle 2008 stattgefunden haben.

27 Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb v. 2.12.2015 (BGBl I S. 2158), die sog. UWG-Novelle 2015.

28 Siehe zu den Neuerungen insgesamt Köhler/Bornkamm 35. Aufl. § 2 Rn. 2.28.

29 In der Fassung vom 3.3.2010, zuletzt geändert am 17.2.2016.

- 10** § 3 UWG enthält nach wie vor eine allgemeine (Abs. 1) und eine Verbrauchergeneralklausel (Abs. 2) sowie einen Verweis auf stets unzulässige Handlungen (Abs. 3 i.V.m. Anhang § 3 Abs. 3 UWG). In § 3 Abs. 1 UWG wurde jedoch die Spürbarkeitsklausel entfernt. Nun sind nach § 3 Abs. 1 UWG alle unlauteren geschäftlichen Handlungen unzulässig. In § 3 Abs. 2 UWG wurde die Relevanzklausel des Art. 5 Abs. 2 UGP-Richtlinie (Eignung zur wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers) übernommen. Ferner wurde die Unterscheidung zwischen geschäftlichen Handlungen, die Verbraucher erreichen, und solchen, die sich an sie richten, übernommen. Der Begriff der „fachlichen Sorgfalt“ wurde auch hier durch den der „unternehmerischen Sorgfalt“ ersetzt.
- 11** In §§ 3a–7 UWG sind Beispiele für unlautere geschäftliche Handlungen aufgeführt, welche die in der Vergangenheit richterrechtlich entwickelten Fallgruppen aufgreifen. In § 3a UWG ist nun der Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG 2008 geregelt und wurde mit einer Spürbarkeitsklausel i.S.d. bisherigen § 3 Abs. 1 UWG 2008 ergänzt. § 4 UWG wurde deutlich umstrukturiert und enthält statt zahlreicher Einzelfälle nur noch die bisherigen Regelungen über den Mitbewerberschutz (§ 4 Nr. 7–10 UWG 2008), überführt in § 4 Nr. 1–4. An die Stelle der Tatbestände des § 4 Nr. 1 und 2 UWG 2008 trat § 4a UWG, welcher aggressive geschäftliche Handlungen betrifft. Der Tatbestand des § 4 Nr. 3 UWG 2008 entfiel. An seine Stelle trat, soweit es Verbraucher betrifft, das Verbot der verdeckten Werbung in § 5a Abs. 6 UWG.³⁰ Offenbar glaubten die Gesetzesverfasser, dass der Schutz der sonstigen Marktteilnehmer sich dann aus dem (unangetastet gelassenen) § 5a Abs. 1 UWG ergebe.³¹ Nach anderer Ansicht wird der Schutz der sonstigen Marktteilnehmer durch eine analoge Anwendung des § 5a Abs. 6 UWG gewährleistet.³² Die Tatbestände des § 4 Nr. 4 und 5 UWG 2008 fielen ebenfalls weg. Ihr Regelungsgehalt soll durch § 5a Abs. 2 und 4 UWG abgedeckt werden. § 4 Nr. 6 UWG 2008 wurde ersatzlos gestrichen, da die Regelung mit der UGP-Richtlinie nicht vereinbar war. Der Irreführungstatbestand des § 5 Abs. 1 S. 1 UWG 2008 wurde durch die Aufnahme einer Relevanzklausel dem Art. 6 Abs. 1 UGP-Richtlinie angepasst. Zugleich wurde klargestellt, dass die Vorschrift auch dem Schutz der sonstigen Marktteilnehmer dient. § 6 UWG regelt die vergleichende Werbung, die grundsätzlich gem. § 6 Abs. 1 UWG zulässig, jedoch unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 UWG unlauter ist. § 7 UWG behandelt die unzumutbaren Belästigungen.
- 12** Im Folgenden sollen die wettbewerbsrechtlichen Aspekte der Werbung in den Medien dargestellt werden, insbesondere im Rundfunk, daneben aber auch in der Presse. Wettbewerbsrechtlich relevant können insbesondere kritische Berichte über eigene oder fremde Produkte und die werbliche Einbindung von Produkten sein. Ein Augenmerk wird daher auf die Verbote unterschwelliger und getarnter Werbung gelegt.

30 Es war nicht die Absicht des Gesetzgebers, den Schutz der sonstigen Marktteilnehmer zu beseitigen. Vielmehr heißt es dazu in den Gesetzesmaterialien: „§ 4 Nr. 3 entfällt, da der Regelungsgehalt sich nunmehr in § 5a und dort zum Schutz von Verbrauchern insbesondere in Absatz 6 findet.“, BT-Drucks. 18/6571, 15.

31 S. Köhler/Bornkamm § 5a Rn. 7.9.

32 S. Köhler/Bornkamm § 5a Rn. 2.16 und 7.9. Die UGP-Richtlinie steht dem nicht entgegen.

II. Anwendbarkeit des UWG

1. Geschäftliche Handlung und objektiver Zusammenhang

Für die Anwendbarkeit des UWG muss zunächst eine geschäftliche Handlung vorliegen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG).³³ Eine geschäftliche Handlung ist jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen. 13

Das wettbewerbsrechtlich relevante Verhalten kann aus einem Tun oder Unterlassen bestehen. In Art. 2 lit. d UGP-Richtlinie ist als konkretes Beispiel einer Geschäftspraktik die „kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing“ angeführt. Das Verhalten bedarf wie bisher eines Unternehmensbezugs. 14

Auch nach der UWG-Novelle 2015 ist wesentliches Tatbestandsmerkmal der objektive Zusammenhang.³⁴ Die Auslegung des Erfordernisses des objektiven Zusammenhangs muss anhand des Schutzzwecks der UGP-Richtlinie erfolgen und bedarf zur verbindlichen Klärung weiterhin der Rechtsprechung.³⁵ Aus dem Erwägungsgrund 7 S. 1 und 2 der UGP-Richtlinie ist jedoch zu schließen, dass ein objektiver Zusammenhang zwischen Handlung und Absatzförderung anzunehmen ist, wenn die Handlung das Ziel hat, die geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte zu beeinflussen. Für diese Auslegung spricht auch die Erwähnung der Werbung in der Richtlinie. Auch redaktionelle Beiträge sind nach dem Kriterium des objektiven Zusammenhangs zwischen Handlung und Absatzförderung zu beurteilen. Ein objektiver Zusammenhang liegt nicht vor, wenn ein Beitrag nur der Information und Meinungsbildung dient. Die Beurteilung erfolgt anhand der bisherigen Maßstäbe. Maßgeblich ist, ob ein Beitrag vorrangig der Werbung dient. Eine Werbung ist im Hinblick auf die Presse- und Rundfunkfreiheit nicht bereits dann anzunehmen, wenn der Beitrag objektiv geeignet ist, den Absatz eines fremden Unternehmens zu fördern. So fehlt es z.B. an einer geschäftlichen Handlung, wenn ein wissenschaftlicher Beitrag allenfalls reflexartige Auswirkungen auf den Markt habe und bei objektiver Betrachtung nicht dem Ziel der Absatzförderung diene, dies ggf. sogar bei Drittmittelförderung.³⁶ Wenn das geförderte Unternehmen ein Entgelt bezahlt hat, liegt jedoch immer ein objektiver Zusammenhang und damit eine geschäftliche Handlung vor. Eigenwerbung ist ebenfalls stets eine geschäftliche Handlung.³⁷ 15

33 Zu den Entwicklungen im Wettbewerbsrecht nach 2013 s. *Büscher GRUR* 2015, 5 ff.

34 Wesentlicher Unterschied der Gesetzeslage nach der Novelle 2008 zu der Regelung nach der Novelle von 2004 ist die Ersetzung des Erfordernisses der Wettbewerbsförderungsabsicht durch das Tatbestandsmerkmal des objektiven Zusammenhangs und die Ausdehnung auf Handlungen, die in objektivem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen stehen. Daran hat auch die Novelle 2015 nichts geändert.

35 S. dazu *Köhler/Bornkamm* § 2 Rn. 43.

36 *OLG Frankfurt GRUR-Prax* 2017, 361, mit Anm. *Hilger*.

37 *OLG Frankfurt GRUR-RR* 2007, 16, 18; vgl. für Eigenwerbung auch *OLG Köln GRUR-RR* 2008, 404.