

# Audiovisuelle Mediendienste und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

von Jan Kabel

## LEITARTIKEL

Bleiben die audiovisuellen Mediendienste von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen völlig unberührt? Dieser IRIS *plus* Artikel weist auf die keineswegs einmalige Situation eines Rechtsbereichs hin, in dem auf den ersten Blick nur technologieabhängige Bestimmungen gelten. Produktplatzierung, Sponsoring und Schleichwerbung unterliegen jedoch nicht nur medienspezifischen Vorschriften, sondern auch allgemeinen Grundsätzen des Verbraucherschutzes im Bereich unlauterer Geschäftspraktiken.

In der Diskussion über die neue Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste spielen Verbraucherinteressen bisher noch keine Rolle. Trotzdem wird diesen Interessen ein bedeutender Platz im Recht der audiovisuellen Mediendienste eingeräumt. In welchem Umfang und warum dies geschieht können Sie in dieser IRIS *plus* nachlesen. Dabei erfahren Sie auch wie sich allgemeine Rechtsgrundsätze und speziellen Mediengesetzgebung zueinander stellen.

*Straßburg, im August 2008*

**Susanne Nikoltchev**

*IRIS Koordinatorin*

*Leiterin der Abteilung Juristische Information  
Europäische Audiovisuelle Informationsstelle*

IRIS *plus* erscheint als Redaktionsbeilage von IRIS, *Rechtliche Rundschau der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle*, Ausgabe 2008-8



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL  
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY  
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

76 ALLEE DE LA ROBERTSAU • F-67000 STRASBOURG  
TEL. +33 (0)3 88 14 44 00 • FAX +33 (0)3 88 14 44 19  
<http://www.obs.coe.int>  
e-mail: [obs@obs.coe.int](mailto:obs@obs.coe.int)

 **Nomos**  
Verlagsgesellschaft

WALDSEESTRASSE 3-5 - D-76530 BADEN-BADEN  
TEL. +49 (0)7221 2104-0 • FAX +49 (0)7221 2104-27  
e-mail: [nomos@nomos.de](mailto:nomos@nomos.de)



# Audiovisuelle Mediendienste und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Jan Kabel

Institut für Informationsrecht (IViR)  
Universität Amsterdam

## 1. Einführung

### 1.1. Verbraucherinteressen und die Fernsehrichtlinie

Die Erwägungen zur ersten Fernsehrichtlinie rechtfertigten das System der Mindestharmonisierung insbesondere damit, dass die Mitgliedstaaten für den umfassenden und angemessenen Schutz der Verbraucher als Zuschauer das Recht behalten müssen, strengere Bestimmungen einzuführen als diejenigen, die in der Richtlinie festgelegt sind.<sup>1</sup> Bei der vorbereitenden Arbeit an der Fernsehrichtlinie in den 1980er Jahren spielten die Interessen der Verbraucher als Fernsehzuschauer tatsächlich eine große Rolle. Die Diskussionen drehten sich unter anderem um die Folgen der grenzüberschreitenden Fernsehwerbung für den Verbraucher und den Umfang der auf Werbung entfallenden Sendezeit. Das *Bureau Européen des Unions de Consommateurs* (Internationales Büro der Verbraucherorganisationen – BEUC) sprach sich zum Beispiel für die Einbeziehung des Teleshopping bei der Berechnung der maximalen Werbezeit aus, um die Verbraucher vor einem Übermaß an Fernsehwerbung zu schützen. Außerdem schlug der *Consumentenbond* (niederländischer Verbraucherverband) vor, dass die Fernsehzuschauer nicht zur Bezahlung öffentlich-rechtlicher Sendungen verpflichtet werden sollten, die sie nicht verlangt hätten.<sup>2</sup>

Die viel wesentlichere Frage, ob nämlich das Verbraucherrecht auch auf die Medien angewandt werden kann, kam während dieser Diskussionen nicht auf. Versuche, diese Frage zu beantworten, würden jedoch schnell ins Leere laufen. So sollte man etwa versuchen, die bekannten fünf fundamentalen Verbraucherrechte aus dem Ersten Programm des Rates der EG von 1975<sup>3</sup> auf das Fernsehen anzuwenden. Wenn Rechte wie das Recht auf den Schutz der wirtschaftlichen Interessen, auf Wiedergutmachung erlittenen Schadens oder auf Vertretung konsequent geltend gemacht werden, treten sie in Konflikt mit der freien Meinungsäußerung. Sollte es zum Beispiel einen finanziellen Ausgleich geben, wenn Fernsehserien nicht die begründeten Erwartungen des durchschnittlichen Verbrauchers erfüllen? Sollte eine Mehrheit von Zuschauern die Nachrichtenauswahl bestimmen? Diese Fragen müssen zweifellos verneint werden.

Das einzige fundamentale Verbraucherrecht, das in diesem Zusammenhang von Bedeutung erscheint, steht nicht als gesondertes Recht im Katalog des Rates. Im Jahr 1962 hielt der amerikanische Präsident John F. Kennedy eine Rede vor dem US-Kongress, in der er vier Grundrechte für Verbraucher forderte, die später als *Consumer Bill of Rights* bezeichnet wurden. Eines dieser Rechte war das Recht auf freie Wahl zwischen Produktangeboten. Dieses Recht besagt, dass Verbraucher mehrere Wahlmöglichkeiten zwischen den Angeboten verschiedener Unternehmen haben müssen. Auf der Grundlage dieses Rechts muss der Verbraucher tatsächlich die Möglichkeit haben, zwischen Medien unterschiedlicher Art zu wählen. Dieses Recht wird jedoch bereits durch ein wichtiges Element des Rechts auf freie Meinungsäußerung garantiert, nämlich von der daraus abgeleiteten Pflicht des Staats, das Prinzip des Pluralismus sicherzustellen, gerade in Bezug auf audiovisuelle Medien, da deren Programme allgemein ausgestrahlt werden.<sup>4</sup> Nach den ursprünglichen Diskussionen wurden die Grundrechte der Verbraucher im Hinblick auf die Fernsehwerbung kaum mehr erwähnt.

### 1.2. Verbraucherinteressen und die AVMD-Richtlinie

Die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL)<sup>5</sup> führt nicht nur die Regulierung des Fernsehens weiter, sondern befasst sich auch mit nicht linearen Diensten wie Video-on-Demand und *Catch-up-TV*. Das Hauptargument für die Einbeziehung nicht linearer Dienste ist, dass es „[f]ür europäische Unternehmen, die audiovisuelle Mediendienste erbringen, [...] derzeit an Rechtssicherheit und gleichen Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der für neu aufkommende

audiovisuelle Mediendienste auf Abruf geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen“ mangelt.<sup>6</sup>

Dieses Argument ist jedoch nicht sehr überzeugend. Es ist keineswegs unwahrscheinlich, dass Rechtsunsicherheit und ungleiche Wettbewerbsbedingungen weiterhin bestehen werden. Ich nenne im Folgenden einige Gründe. Gemäß Art. 3 Abs. 1 der AVMD-RL können Mitgliedstaaten Anbieter von Mediendiensten, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, verpflichten, strengeren oder ausführlicheren Bestimmungen in den von dieser Richtlinie koordinierten Bereichen nachzukommen. Diese Mindestharmonisierung kann jedoch zu ungleichen Wettbewerbsbedingungen zwischen inländischen Anbietern und Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten führen, die auf einem nationalen audiovisuellen Markt tätig sind. Dies war beispielsweise in den Niederlanden der Fall, wo der in Luxemburg beheimatete Sender RTL auf dem niederländischen Markt nach den liberalen luxemburger Gesetzen in Wettbewerb mit niederländischen kommerziellen Sendern trat, die unter einer viel strengeren Gesetzgebung für Produktplatzierung, Sponsoring und andere Formen der „Non-Spot-Werbung“ arbeiten. Außerdem können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 Abs. 2–5 Maßnahmen gegen die Umgehung innerstaatlicher Bestimmungen ergreifen. Das System macht die Einführung solcher Maßnahmen nicht leicht; die bestehende Möglichkeit bietet jedoch Rechtssicherheit. Ein drittes Argument ist in der Option in Art. 3e Abs. 2 der Richtlinie zu sehen, die ausdrücklich die Möglichkeit der Selbstregulierung vorsieht. Angesichts der bereits bestehenden Vielfalt bei der Selbstregulierung in den EU-Mitgliedstaaten wäre es eine Überraschung, wenn dies ein hohes Maß an Rechtssicherheit in Bezug auf die Bestimmungen für Werbung, Produktplatzierung und Sponsoring garantieren würde. Um nur einige ganz konkrete Regelungen zu nennen: Die Richtlinie sieht die Möglichkeit vor, zum Beispiel das Logo eines Sponsors in Kinder- oder Dokumentationssendungen oder eine ansonsten von der Richtlinie erlaubte Produktplatzierung zu verbieten. Unter bestimmten Bedingungen können Mitgliedstaaten auch die Verpflichtung aufheben, bei einer Produktplatzierung Informationen bereitzustellen. Angesichts all dieser Punkte ist es keineswegs unwahrscheinlich, dass Rechtsunsicherheit und ungleiche Wettbewerbsbedingungen weiterhin bestehen werden. Eine solche Situation kann den Interessen von Anbietern audiovisueller Mediendienste schaden. Dennoch ist hier an das schon eingangs erwähnte Argument für die Mindestharmonisierung mit der Fernsehrichtlinie zu erinnern: Das System der Mindestharmonisierung war insbesondere dadurch gerechtfertigt, dass die Interessen der Verbraucher als Fernsehzuschauer geschützt werden müssen.

Die AVMD-RL geht jedoch auf Verbraucherinteressen nicht weiter ein. Auch von den Verbraucherorganisationen ist heute nur wenig zu hören. Dies ist erstaunlich, denn nachdem die kommerziellen Interessen während der 1980er Jahre in Bezug auf die wichtigsten Anliegen der Verbraucherschützer häufig die Oberhand hatten (zum Beispiel beim Umfang der Werbezeiten und den Regelungen für Werbepausen), hätte man von ihnen eine Reaktion erwarten können. Es gibt in der AVMD-RL im Grunde keinerlei Gegengewicht zur Liberalisierung der Regelungen für die Werbepausen und das Verwischen der Trennung zwischen Programm und Werbung durch die Einführung der Produktplatzierung.

In der Literatur wird dieser Situation größere Aufmerksamkeit geschenkt. Die alte Diskussion über Verbraucherrechte in Bezug auf die Fernsehrichtlinie wurde nun als Reaktion auf die von den nicht linearen Diensten (On-Demand-Diensten) angebotenen Optionen neu entfacht. Auch jetzt steht der Medienkonsum im Mittelpunkt, diesmal aber in einer aktiveren Rolle. Wilhelmsson hat – allerdings für Printmedien – ein Projekt durchgeführt, bei dem Regelungen für Verbraucherkäufe oder Produkthaftung auf den Kauf von Informationen angewandt werden, die in Zeitungen oder Magazinen angeboten werden.<sup>7</sup>



Er rechtfertigt diesen Ansatz damit, dass aufgrund von Entwicklungen in der modernen Verbrauchergesellschaft Zeitungen heute als kommerzielle Produkte und Fernsehsendungen als kommerzielle Dienste betrachtet würden. Er versucht sich vorzustellen, was zum Beispiel ein Anspruch der Verbraucher auf Qualität in Bezug auf den Inhalt einer Zeitung für das Verbraucherrecht bedeuten würde. Letztendlich kommt er jedoch kaum über die Erörterung der eigentlich interessanten Frage hinaus, ob Werbung für die Medien im Einklang mit dem Spektrum der Medien selbst stehen soll und ob das Recht auf freie Meinungsäußerung eine Hürde für Feststellungen über irreführende Werbung in Magazinen und Zeitungen darstellt.

Helberger kommt hier zu interessanten Schlüssen. Sie geht davon aus, dass sich der ehemals passive Zuschauer emanzipiert hat und zum aktiven Verbraucher, zum medienkompetenten Zuschauer geworden ist. Daraus versucht sie Schlüsse über das Wesen des Medienrechts zu ziehen.<sup>8</sup> Aber auch hier, wie bereits in der Vergangenheit, werden die Grundrechte der Verbraucher nicht in strukturierter Weise behandelt. Daher haben diese Ansichten bisher nicht zu praktischen rechtlichen Ergebnissen geführt. Der Grundstein ist jedoch gelegt: Der Medienkonsument verdient eine eigene Stellung im Gesetz. Neue Bestimmungen sollten nicht mehr ohne Berücksichtigung dieser Stellung eingeführt werden. Die Ansicht Helbergers schließt an die technischen Entwicklungen an, die die Bereitstellung audiovisueller Dienste auf Abruf ermöglichen. Der passive Fernsehzuschauer verwandelt sich in einen aktiven Käufer von Dienstleistungen und handelt dabei mehr als Verbraucher; somit könnte der Kauf von Mediendiensten teilweise als wirtschaftliches Rechtsgeschäft<sup>9</sup> betrachtet werden, auf das dann das entsprechende Verbraucherrecht anwendbar wäre.

## 2. Schutz des Zuschauers vor unlauteren Geschäftspraktiken: die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie)

Wirtschaftliche Rechtsgeschäfte von Verbrauchern unterliegen der neuen Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL).<sup>10</sup> Diese 2005 verabschiedete allgemeine Rahmenrichtlinie dient dem Schutz der Verbraucher vor irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken bei wirtschaftlichen Rechtsgeschäften. Sie unterstützt die Annahme, dass der Gesetzgeber sicherstellen muss, dass dem Verbraucher vollständige und richtige Informationen vor, während und nach Kaufentscheidungen bereitgestellt werden müssen, um einen ausreichenden Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers grundsätzlich zu gewährleisten. Zu diesem Zweck sieht die Richtlinie ein System vor, bei dem erstens falsche und unvollständige Informationen verboten sind, weil sie irreführend sind. Zweitens müssen Gewerbetreibende dem Verbraucher wesentliche Informationen zur Verfügung stellen. Drittens schließlich werden Situationen vermieden, in denen die Wahl- oder Verhaltensfreiheit des Verbrauchers in Bezug auf ein Produkt wahrscheinlich eingeschränkt ist.

All dies ist an sich nicht überraschend. Unerwartet ist jedoch, dass erstmalig die verwendeten Rechtsbegriffe wie „irreführende“ und „aggressive Geschäftspraktiken“ definiert und kodifiziert werden. Daher haben wir nun ein Instrument, das sehr allgemein angewandt werden kann und das vielleicht einen praxisrelevanten rechtlichen Ansatz für die oben beschriebenen Entwicklungen im Bereich der audiovisuellen Medien ermöglicht.

### 2.1. Hintergrund der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Seit den 1960er Jahren wird auf europäischer Ebene über die Notwendigkeit diskutiert, die Gesetze über unlauteren Wettbewerb so zu kodifizieren und zu harmonisieren, dass alle berührten Interessen berücksichtigt werden. Es ist aber natürlich nicht möglich, dabei die Interessen der Verbraucher und die Interessen von Konkurrenten oder das Allgemeininteresse in Einklang zu bringen. Die Verbraucher haben möglicherweise sogar Vorteile durch echten unlauteren Wettbewerb unter Konkurrenten (Dumpingpreise, billige Nachbildungen, Kopien teurer Marken), und bei einigen Formen des unlauteren Wettbewerbs spielen die Interessen der Verbraucher unter Umständen gar keine Rolle (Diskreditierung von Konkurrenten in vergleichender Werbung, Bestechung des Personals von Konkurrenten oder Werbung, die sich

mit dem guten Ruf eines Konkurrenten in der Öffentlichkeit einen unangemessenen Vorteil verschafft). Außerdem können unterschiedliche Ansätze auch ein Hindernis bei der Harmonisierung materieller Bestimmungen sein.

Versuche, vor allem in Deutschland, trotz dieser Situationen durch die Harmonisierung der Interessen von Verbrauchern und Konkurrenten sowie des öffentlichen Interesses an der Gesetzgebung zum unlauteren Wettbewerb festzuhalten,<sup>11</sup> sind bei der Durchführung einer europäischen Harmonisierung der Gesetzgebung zum unlauteren Wettbewerb erfolglos geblieben. Nur im Hinblick auf zwei unlautere Geschäftspraktiken zeigten sie einen gewissen Erfolg: bei irreführender Werbung und bei unlauterer vergleichender Werbung. Irreführende Werbung ist Gegenstand der Richtlinie über irreführende Werbung von 1984.<sup>12</sup> Diese Richtlinie schafft jedoch keinen harmonisierten Bereich und lässt den Mitgliedstaaten breiten Raum, um ihre eigenen Regelungen für irreführende Werbung zu schaffen. Der Begriff „irreführend“ ist nicht definiert, wobei die Mitgliedstaaten strengere Regelungen einführen können als diejenigen, die in der Richtlinie festgelegt sind, und zwar nicht nur für die eigenen Bürger, sondern auch für die Werbung ausländischer Werber, denn die Richtlinie enthält keine „Binnenmarkt Klausel“. Die Richtlinie wurde 1997 durch Bestimmungen über vergleichende Werbung geändert.<sup>13</sup> Die Änderungen sollten vergleichende Werbung in Europa durch die vollständige Harmonisierung der einschlägigen Bestimmungen ermöglichen. Daher dürfen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 7 Abs. 2 der geänderten Richtlinie keine strengeren Regelungen für vergleichende Werbung erlassen.

### 2.2 Der Geltungsbereich der Richtlinie in Bezug auf Mediendienste

Darüber hinaus gab es jedoch keine weiteren Entwicklungen. Es scheint, als habe sich die Kommission vorerst entschlossen, die vollständige Harmonisierung der Gesetzgebung zum unlauteren Wettbewerb nicht länger zu verfolgen und stattdessen auf eine Teilharmonisierung dieses Rechtsgebiets zu setzen, nämlich beim Schutz der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken. Dieser Bereich ist politisch weniger heikel und findet bei den Mitgliedstaaten eher Unterstützung.

Kern der UGP-RL ist der Schutz der Verbraucher vor Geschäftspraktiken, die deren Möglichkeiten, fundiert über ein wirtschaftliches Rechtsgeschäft zu entscheiden, erheblich einschränken. Die Kommission stellte diverse Unterschiede zwischen den Gesetzen der Mitgliedstaaten in diesem Bereich<sup>14</sup> fest und betrachtete dies als hinreichenden Grund für einen Eingriff. Erwägung 6 der UGP-RL besagt jedoch, dass die Richtlinie „nicht die nationalen Rechtsvorschriften in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken [erfasst und berührt], die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen“. In diesen Bereichen behalten die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit, wobei sie natürlich die EU-Vorschriften beachten müssen.

Die UGP-RL gilt zudem weder für Bestimmungen über irreführende Werbung, die sich an Gewerbetreibende richtet, noch für vergleichende Werbung. Diese Geschäftspraktiken bleiben der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung unterworfen. Um deutlich zu machen, dass die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung in Zukunft nur noch für unlauteres Verhalten gegenüber Konkurrenten und nicht gegenüber Verbrauchern gilt, wurde sie in eine Richtlinie umgewandelt, die nur zwischen Gewerbetreibenden anwendbar ist.<sup>15</sup>

„Gewerbetreibender“ ist laut Definition in Art. 2 lit. b der UGP-RL „jede natürliche oder juristische Person, die im Geschäftsverkehr im Sinne dieser Richtlinie im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag des Gewerbetreibenden handelt“.<sup>16</sup> Der Begriff kann daher auch Plattformen einschließen, die audiovisuelle Mediendienste für audiovisuell Werbende anbieten. Zu den Sachverhalten, die für die Anwendbarkeit der UGP-RL auf Konstellationen mit Gewerbetreibenden, aber nicht mit Verbrauchern relevant sind, würden wohl auch die Diskreditierung von Konkurrenten in der Werbung, die unangemessene Ausnutzung des Rufs eines Konkurrenten, Imitationen, die den Verbraucher nicht verwirren oder irreführen, und alle anderen Praktiken zählen, durch die die Fähigkeit des Verbrauchers, eine fundierte

wirtschaftliche Entscheidung zu treffen, nicht deutlich eingeschränkt ist.

Auf das Thema der unlauteren Geschäftspraktiken zwischen Gewerbetreibenden wird hier nicht weiter eingegangen. Die Definition des Begriffs „Gewerbetreibender“ ist jedoch von Bedeutung, da sie natürlich auch für unlautere Geschäftspraktiken von Gewerbetreibenden gegenüber Verbrauchern gilt.

### 3. Schutz vor irreführenden Praktiken bei der Präsentation von audiovisueller kommerzieller Kommunikation

#### 3.1. Das Verhältnis zwischen AVMD-Richtlinie und UGP-Richtlinie

Beide Richtlinien sollen dem Schutz der Verbraucher gegen irreführende Geschäftspraktiken dienen. Dieses Ziel wird in der AVMD-RL vor allem dadurch verfolgt, dass kommerzieller und redaktioneller Inhalt getrennt werden und eine Informationsverpflichtung bei Programm-Sponsoring und Produktplatzierung eingeführt wird. Die UGP-RL dient ebenfalls diesem Ziel, da sie darauf zielt, die Verbraucher vor irreführenden (und aggressiven) Geschäftspraktiken zu schützen. Die UGP-RL führt eine detaillierte Kodifizierung des Begriffs „irreführend“ sowie eine schwarze Liste von Praktiken ein, die gemäß Definition irreführend sind.

Zur Beziehung zwischen den beiden Richtlinien heißt es in Erwägung 56 der AVMD-RL, dass Aktivitäten, die durch die AVMD-RL geregelt sind, nicht unter die UGP-RL fallen. Bei diesen Aktivitäten handelt es sich um die Präsentation von Werbung, also Sponsoring, Schleichwerbung, Produktplatzierung, Werbeunterbrechungen in Sendungen und den Umfang der Werbezeit. Es gibt jedoch drei Gründe, die die Bedeutung dieser Erwägung erheblich einschränken.

Zunächst muss zwischen den Aktivitäten der Anbieter audiovisueller Mediendienste und den Aktivitäten der Werbenden unterschieden werden, für die die UGP-RL aber dennoch gelten kann. Im Zusammenhang mit einer bestimmten Werbebotschaft ist die Position des Anbieters audiovisueller Mediendienste Gegenstand der AVMD-RL und der UGP-RL, weil dieser Anbieter im Namen des Werbenden handelt, denn, wie bereits ausgeführt, umfasst die Definition eines „Gewerbetreibenden“ im Sinne der UGP-RL *jede Person, die im Namen oder Auftrag des Gewerbetreibenden handelt*. Dies kann natürlich auch ein Anbieter audiovisueller Mediendienste sein, wobei der Dienst in diesem Fall die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation ist. Der Werbende unterliegt hier nur den Bestimmungen der UGP-RL. Bei einer Verletzung der Bestimmungen, etwa zur Produktplatzierung, kann der Anbieter audiovisueller Dienste daher nach der AVMD-RL und der UGP-RL zur Verantwortung gezogen werden. Diese doppelte Verantwortlichkeit bedeutet auch, dass im Prinzip verschiedene Systeme zur Durchsetzung von Ansprüchen anwendbar sein können.

Zweitens bestätigt Erwägung 18 der UGP-RL die Definition des Begriffs „Durchschnittsverbraucher“, wie sie der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache Gut Springenheide<sup>17</sup> als Maßstab für die Gerichte zur Feststellung einer Irreführung entwickelt hat. Dieser fiktive Verbraucher wird als „durchschnittlich informiert, aufmerksam und verständig“ definiert. Hier stellt sich die Frage, ob ein solcher Verbraucher auch als Maßstab für die Auslegung der Bestimmungen der AVMD-RL in Bezug auf das Verbot oder die Einschränkung der Präsentation kommerzieller Kommunikation dienen sollte, etwa das Verbot von Schleichwerbung oder die Einschränkung von Sponsoring und Produktplatzierung.

Drittens legt die UGP-RL erstmals die Wirkung unlauterer Geschäftspraktiken als juristisch relevante Bedingung für ein Verbot fest. Nach Art. 5 Abs. 2 lit. b der UGP-RL ist eine Geschäftspraxis unlauter, wenn sie „in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet [...], wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen“. Bei irreführenden Geschäftspraktiken ist diese Beeinflussung in Art. 6 Abs. 1 der UGP-RL ferner als eine Praxis definiert, die den Verbraucher „zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er ansonsten nicht getroffen hätte“.

Diese beiden Faktoren (der „Durchschnittsverbraucher“ als Maßstab und die Wirkung der Geschäftspraxis als bestimmendes Verbotskriterium) sind im Sinne der Gemeinschaft relevant für die Erklärung eines Begriffs („Irreführung“), der für die Anwendung der AVMD-RL gleichermaßen bestimmend ist und im Hinblick auf die Harmonisierung des EU-Rechts nicht für verschiedene Medien unterschiedlich ausgelegt werden sollte. Es erscheint sinnvoll zu klären, ob dies tatsächlich richtig ist.

#### 3.2. Der Durchschnittsverbraucher und der medienkompetente Zuschauer

Wie bereits erwähnt, ist der Durchschnittsverbraucher ein Begriff, der vom Europäischen Gerichtshof geprägt und von der Europäischen Kommission übernommen wurde. In Erwägung 18 der UGP-RL heißt es: „Es ist angezeigt, alle Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken zu schützen; der Gerichtshof hat es allerdings bei seiner Rechtsprechung im Zusammenhang mit Werbung seit dem Erlass der Richtlinie 84/450/EWG für erforderlich gehalten, die Auswirkungen auf einen fiktiven typischen Verbraucher zu prüfen. Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechend und um die wirksame Anwendung der vorgesehenen Schutzmaßnahmen zu ermöglichen, nimmt diese Richtlinie den Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist, (...) als Maßstab.“

In einfachen Worten heißt dies, dass wir bei der Schaffung eines Binnenmarktes in Europa keine Zeit für ignorante Verbraucher haben, die erwarten, dass jedes Glas Erdnussbutter jedes Herstellers gleich schmeckt. Anders ausgedrückt: Gesetzliche Regelungen für Rezepte, hier also Regelungen, die auf europäischer Ebene festlegen, wie Erdnussbutter herzustellen ist, sind – abgesehen von Gesundheits- und Sicherheitsbestimmungen – völlig inakzeptabel. Jeder kann eine eigene Erdnussbuttermarke herstellen und international vermarkten, sofern er die Inhaltsstoffe deklariert. Wir gehen also automatisch davon aus, dass der Verbraucher die Angaben zu den Inhaltsstoffen liest und dennoch ein informierter, aufmerksamer und kritischer Verbraucher ist. Diese Vorstellung eines fiktiven Verbrauchers, die als wesentlich für das Funktionieren des Binnenmarktes angesehen wird, wurde nun zu einem Begriff, der dank der UGP-RL auch auf nationales Recht anwendbar ist, allerdings mit einigen Ausnahmen für Verbraucherkategorien, die per Definition nicht aufmerksam und kritisch sind, wie zum Beispiel Kinder.

Der Maßstab des gut informierten Verbrauchers scheint auch mit bestimmten faktischen Annahmen der AVMD-RL über das Verbraucherverhalten übereinzustimmen. Die Rechtfertigung für die Lockerung der Bestimmungen für Werbepausen findet sich zum Beispiel in Erwägung 57: „In Anbetracht der zunehmenden Möglichkeiten für die Zuschauer, durch den Einsatz neuer Technologien wie persönlicher digitaler Videorecorder und der zunehmenden Auswahl an Fernsehkanälen Werbung zu umgehen, sind detaillierte Vorschriften über Werbeeinschübe zum Schutz der Zuschauer nicht mehr notwendig.“

Zuschauer sind dieser Erwägung zufolge also medienkompetent, und dies beinhaltet gemäß Erwägung 37 der AVMD-RL, dass sie in der Lage sind, „fundierte Entscheidungen zu treffen, das Wesen von Inhalt und Dienstleistungen zu verstehen und das gesamte Spektrum der durch die neuen Kommunikationstechnologien gebotenen Möglichkeiten zu nutzen.“

Dieser Begriff wurde meiner Meinung nach nicht als Maßstab für die Auslegung von Bestimmungen eingeführt, sondern als Möglichkeit, die Medienkompetenz aller Gesellschaftsschichten zu fördern. Ist dieses Ziel erreicht, wird der medienkompetente Verbraucher jedoch zu einem Begriff werden, den es in rechtlichen Angelegenheiten zu beachten gilt, wenn es darum geht, ob bestimmte audiovisuelle Mediendienste zugelassen werden sollen. Den obigen Erwägungen zufolge ist dieses Ziel bei den Werbeunterbrechungen im Rahmen von Fernsehsendungen bereits erreicht. Erwägung 57 macht deutlich, dass Regelungen über Werbeeinschübe zum Schutz der Zuschauer nicht mehr nötig seien, da die Zuschauer in der Lage seien, die volle Bandbreite der Möglichkeiten, welche die neuen Kommunikationstechnologien bieten, zu nutzen und etwa durch den Einsatz neuer Technologien Werbung zu umgehen.

### 3.3 Die Wirkung der Geschäftspraxis

Wie bereits erwähnt, muss die Wirkung der unlauteren Geschäftspraxis darin liegen, dass der Verbraucher eine Entscheidung getroffen hat, die er andernfalls (ohne die ungenaue, unvollständige oder aggressive Geschäftspraxis) nicht getroffen hätte, oder in eine Lage versetzt wurde, in der eine solche Entscheidung möglich war. Diese Bedingung muss erfüllt sein, um das Vorliegen einer unlauteren Geschäftspraxis festzustellen.

Vom Europäischen Gerichtshof wurde diese juristisch relevante Wirkung bereits in der Rechtssache *Nissan* als Bedingung festgestellt.<sup>18</sup> In der Entscheidung ging es um eine Werbung für „neue“ Autos, die zwar für den Export nach Frankreich vorgesehen, aber in Belgien bereits angemeldet, wenn auch nicht gefahren worden waren. Die Fahrzeuge waren billiger als die offiziell von Nissan-Händlern in Frankreich angebotenen Fahrzeuge, aber sie waren auch mit weniger Zubehör ausgestattet. In dieser Rechtssache ging es um den Parallelimport durch einen Verkäufer, der nicht zum Nissan-Händlernetz gehörte. Nissan versuchte, diesen Parallelimport zu unterbinden, indem auf die Irreführung verwiesen wurde. Der Gerichtshof stellte in Bezug auf die Neuwageneigenschaft Folgendes fest: „(15) Es liegt jedoch bei dem nationalen Gericht, unter den Bedingungen des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der Verbraucher, an die sich die Werbung richtet, festzustellen, ob diese insofern irreführend sein könnte, als sie die Tatsache verschleiern soll, dass die als neu beworbenen Autos vor dem Import bereits angemeldet waren, und andererseits *diese Tatsache eine Reihe von Verbrauchern vom Kauf abgehalten hätte, hätten sie dies gewusst.*“<sup>19</sup>

Der Gerichtshof führte also ein „Wirkungskriterium“ ein. Die Werbung für die geringeren Kosten für die Fahrzeuge wäre dem Gerichtshof zufolge nur dann irreführend, wenn sich eine bedeutende Anzahl von Verbrauchern, an die sich die Werbung richtet, für den Kauf eines solchen Autos entscheiden würde, ohne zu bemerken, dass der Grund für den geringeren Preis der durch den Parallelimporteure verkauften Autos die Tatsache war, dass sie mit weniger Zubehör ausgestattet waren. Oder, um das Gericht zu zitieren, „(16) Zum zweiten Punkt, betreffend die Behauptung, dass die Fahrzeuge billiger seien, kann eine solche Behauptung nur dann als irreführend gelten, wenn feststeht, dass die Kaufentscheidung bei einer bedeutenden Anzahl von Verbrauchern, an die sich die fragliche Werbung richtete, in Unkenntnis der Tatsache erfolgte, dass dem niedrigeren Preis der Fahrzeuge eine geringere Ausstattung der vom Parallelimporteure verkauften Autos gegenüberstand.“

Dies ist eine eher enge Auslegung des Begriffs „irreführend“. Der Werbende kann jedem Vorwurf der Irreführung entgehen, indem er zeigt, dass es einer nicht unerheblichen Anzahl von Verbrauchern offenbar gleichgültig war, dass die Fahrzeuge zuvor in Belgien angemeldet waren, und dass sie gewusst hätten, dass der Grund für den niedrigeren Preis die geringwertigere Ausstattung war. Dies ist keineswegs unwahrscheinlich und würde bedeuten, dass tatsächlich eine viel höhere Schwelle für ein Urteil wegen irreführender Werbung besteht als früher, als weder die Gesetzgebung noch die Rechtsprechung ausdrücklich ein solches Wirkungskriterium berücksichtigten. Diese Schlussfolgerung ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass der Versuch von Nissan, den vom Standpunkt des Binnenmarktes wünschenswerten Parallelimport zu verhindern, im Keim erstickt wurde, indem die Messlatte für irreführende Praktiken höher gelegt wurde. Um dies zu verdeutlichen zitiere ich die entsprechende Überlegung: „(12) Vor Beginn einer solchen Untersuchung muss betont werden, dass diese Aspekte der Werbung von großer praktischer Bedeutung für das Geschäft des Parallelimports von Fahrzeugen sind und dass der Generalanwalt in seinem Schlussantrag unter Nr. 5 und 6 darauf hingewiesen hat, dass Parallelimporte im Gemeinschaftsrecht einen gewissen Schutz genießen, da sie den Handel fördern und den Wettbewerb stärken.“

Es bleibt abzuwarten, was der Europäische Gerichtshof in dieser Hinsicht unternehmen wird, aber es ist nicht unwahrscheinlich, dass der Gerichtshof angesichts bestimmter anderer Urteile in diesem Bereich die Anforderungen hoch halten wird, zumal das Wirkungskriterium in der UGP-RL ausdrücklich einer Maximalharmonisierung unterzogen wurde und daher für die Richter der Mitgliedstaaten ein Leitprinzip bei der Auslegung von Irreführungsfällen sein muss.

### 3.4. Auslegung des Begriffs „irreführende Praktiken“ in der AVMD-Richtlinie

Der Begriff „irreführend“ ist Teil des Verbots von Schleichwerbung in der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation in Art. 3e der AVMD-RL. Dieses Verbot gilt gemäß der Definition in Art. 1 lit. j der AVMD-RL jedoch nur für „die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marke oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Sendungen, wenn sie vom Mediendienstanbieter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und *die Allgemeinheit über ihren eigentlichen Zweck irreführen kann.*“<sup>20</sup>

Wenden wir die Auslegung des Begriffs „irreführend“, wie sie sich der Gerichtshof, wie oben erwähnt, in der Rechtssache *Nissan* zu eigen gemacht hat und wie sie in die UGP-RL integriert wurde, auf das Verbot der Schleichwerbung an, dann muss die Darstellung, um als Schleichwerbung verboten zu sein, gemäß Art. 7 Abs. 2 der UGP-RL „einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen oder zu veranlassen geeignet sein, die er ansonsten nicht getroffen hätte“.

Mit anderen Worten: Die irreführende Darstellung muss Auswirkungen im Sinne einer Wirkung auf die Entscheidung des Verbrauchers haben. Der Glaube des Verbrauchers, dass eine entsprechende Beschreibung eine redaktionelle und keine kommerzielle Beschreibung ist, muss ihn dazu veranlassen (können), eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er ohne die vermeintliche redaktionelle Beschreibung nicht getroffen hätte. Eine solche Auslegung lässt weniger Raum für ein Verbot von Schleichwerbung als eine Auslegung, die lediglich das Weglassen der Tatsache, dass es sich bei den Informationen um kommerzielle Informationen handelt, als irreführend betrachtet. Diese Auslegung verträgt sich jedoch nicht mit Punkt (11) der schwarzen Liste in der UGP-RL; danach gilt es unter allen Umständen als unlauter, wenn „redaktionelle Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzt [werden] und der Gewerbetreibende [...] diese Verkaufsförderung bezahlt, ohne dass dies aus dem Inhalt oder aus für den Verbraucher klar erkennbaren Bildern und Tönen eindeutig hervorgehen würde (als Information getarnte Werbung)“.

Aus der UGP-RL abgeleitete Kriterien wie „der Durchschnittsverbraucher“ oder „die Wirkung der Unterlassung“ können hier nicht angewandt werden, um die Geltung von Punkt (11) der schwarzen Liste derselben Richtlinie herabzusetzen. Das einfache Weglassen von Informationen über die kommerzielle Natur der Mitteilung ist schon an sich eindeutig ein zu schwerwiegender Verstoß. Dies spricht dafür, den Begriff „Irreführung“ in der AVMD-RL im Zusammenhang mit der vorstehend erwähnten Bestimmung in der schwarzen Liste so auszulegen, dass allein das Weglassen von Informationen bereits als Irreführung betrachtet werden kann. Daher geht Erwägung 60 der AVMD-RL davon aus, dass Schleichwerbung automatisch negative Auswirkungen auf den Verbraucher hat.<sup>21</sup> Nach der AVMD-RL kann der Anbieter der Sendung, die Schleichwerbung enthält, daher wie der Werbende gemäß der UGP-RL allein wegen Weglassens von Informationen verfolgt werden, auch wenn die Verbraucher nicht tatsächlich im Sinne der UGP-RL irreführt werden.

Also können weder Anbieter von audiovisueller kommerzieller Kommunikation noch Werbende einwenden, dass die Verbraucher nicht im Sinne der allgemeinen Definition für irreführende Werbung irreführt werden. Wenn audiovisuelle Inhalte einfach als redaktionell dargestellt werden, obwohl sie in Wahrheit von kommerziellen Werbern bezahlt werden, reicht dies aus, um den Inhalt als (verbotene) Schleichwerbung einzustufen.

### 3.5. Interaktive Werbung im Zusammenhang mit der UGP-Richtlinie

Bei interaktiver Werbung kann der Zuschauer ein Symbol oder Objekt auf dem Bildschirm mit einem „roten Knopf“ auf der Fernbedienung anklicken, um auf eine Internetseite zu gelangen, die das so angeklickte Objekt bewirbt. Diese Möglichkeit wirft eine Reihe faszinierender rechtlicher Probleme auf, da sie mindestens drei verschiedene Rechtsgebiete berührt: die AVMD-RL, die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und die UGP-RL – nicht zu vergessen die allgemeinen Bestimmungen über unlauteren Wettbewerb.

Alkoholwerbung wird beispielsweise durch verschiedene Bestimmungen geregelt, sei es durch die seit langem bestehenden (und von der AVMD-RL beibehaltenen) Werberegulungen in Art. 15 der Fernsehrichtlinie oder durch Regelungen für andere Formen der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation, die Teil eines audiovisuellen On-Demand-Mediendienstes sind. Die alten Regelungen (für Fernsehwerbung) sind strenger als die neuen (für audiovisuelle kommerzielle Kommunikation in audiovisuellen On-Demand-Diensten). Letztere enthalten nur ein allgemeines Verbot in Art. 3e, lit. e: „Audiovisuelle kommerzielle Kommunikation für alkoholische Getränke darf nicht speziell an Minderjährige gerichtet sein und darf nicht den übermäßigen Genuss solcher Getränke fördern“. Der spezielle Artikel, der die Fernsehwerbung regelt, – Art. 15 der AVMD-RL, ist wesentlich detaillierter. Außerdem verbietet Art. 15 bei der Fernsehwerbung für alkoholische Getränke die Darstellung eines Zusammenhangs zwischen Alkoholenuss und einer Verbesserung der physischen Leistung oder dem Führen von Kraftfahrzeugen. Ferner darf Fernsehwerbung nicht den Eindruck erwecken, Alkoholenuss fördere sozialen oder sexuellen Erfolg. Auch eine therapeutische, stimulierende, beruhigende oder konfliktlösende Wirkung von Alkohol darf in der Fernsehwerbung für alkoholische Getränke nicht suggeriert werden. Im Übrigen darf die Höhe des Alkoholgehalts von Getränken nicht als positive Eigenschaft hervorgehoben werden.

Legt das Interaktivitätssymbol auf dem Fernsehbildschirm oder die vom Zuschauer durch Drücken des roten Knopfes angewählte Umgebung fest, welche Regelungen gelten? Die gewählte Umgebung kann durch die AVMD-RL abgedeckt sein; es kann aber auch eine normale Internetseite sein, die durch die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr geregelt wird; diese Richtlinie regelt lediglich elektronische Rechtsgeschäfte und enthält keinerlei Bestimmungen über Alkoholwerbung.<sup>22</sup> Erfolgt die Interaktion über eine Fernsehwerbung und der Klick erfolgt im Rahmen dieser Werbebotschaft, müssen die Regelungen über Fernsehwerbung greifen. Anderenfalls wäre es allzu leicht, die Regelungen für Alkoholwerbung zu umgehen. Erfolgt die Anwahl über eine redaktionelle Fernsehsendung, ist der Fall komplizierter, denn nun stellt sich die Frage, ob es sich bei der Darstellung des Symbols oder Objekts um eine Produktplatzierung handelt – mit allen damit verbundenen Konsequenzen. In diesem Fall käme es möglicherweise darauf an, ob der Zuschauer über die Tatsache informiert wird, dass er eine kommerzielle Internetseite angewählt hat.

Diese technologieabhängigen Unterschiede bei den Regelungen entfallen, wenn die UGP-RL angewandt wird. Dies vereinfacht die Sache, da der bereits erwähnte Punkt (11) der schwarzen Liste vorsieht, dass der *Werbende* in den Medien keine redaktionellen Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung einsetzen darf, ohne dass dies aus dem Inhalt oder aus für den Verbraucher klar erkennbaren Bildern und Tönen eindeutig hervorgehen würde.

## 4. Die Bedeutung der UGP-Richtlinie für den Inhalt von Werbung und anderen audiovisuellen Mediendiensten

### 4.1. Bedeutung der UGP-Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste

Gegenstand der UGP-RL ist eine „Geschäftspraxis“. Gemäß Art. 2 lit. d der UGP-RL bedeutet eine Geschäftspraxis „jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt“.

Die AVMD-RL koordiniert keine Geschäftspraktiken im Bereich des unlauteren Wettbewerbs und der irreführenden Werbung. Dennoch sind dies Praktiken, die in den audiovisuellen Medien vorkommen. Daher decken die Bestimmungen der UGP-RL nicht nur die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation und andere (audiovisuelle) Praktiken beim Verkauf von Waren ab, sondern beziehen sich auch auf Praktiken wie die „Eigenwerbung“ von Anbietern audiovisueller Dienste. Der Begriff „Geschäftspraxis“ ist in Übereinstimmung mit dieser Argumentation weiter gefasst und ermöglicht so die Anwendung der UGP-RL auch auf die Beurteilung anderer audiovisueller Mediendienste neben der kommerziellen Kommunikation, so zum Beispiel auf irreführende Gewinnspiele in Anrufsendungen.

Noch ein weiterer Schritt und es würde sich anbieten, das gesamte Spektrum der Anbieter audiovisueller Medien auf die Berücksichtigung von Verbraucherinteressen hin zu überprüfen. Der Begriff „Geschäftspraxis“ ist allerdings nicht ganz so weit gefasst, da er einen direkten Zusammenhang mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher voraussetzt. Die Interessen, die in der UGP-RL behandelt werden, betreffen in erster Linie das Recht der Verbraucher auf vollständige und richtige Informationen, die für eine wirtschaftliche Entscheidung wichtig sind. Die Überprüfung redaktioneller audiovisueller Mediendienste selbst anhand der Gesetzgebung über Geschäftspraktiken, zum Beispiel auf Verlässlichkeit, Authentizität, Professionalität, Vollständigkeit oder Unabhängigkeit, ist nur dann angebracht, wenn diese Eigenschaften in der kommerziellen Kommunikation bewertet werden oder wenn der redaktionelle audiovisuelle Mediendienst selbst eine Geschäftspraxis unter dem Deckmantel eines unabhängig präsentierten redaktionellen Programms darstellt. Mehr hat die UGP-RL nicht zu bieten.

### 4.2. Die schwarze Liste und audiovisuelle Mediendienste

Von einer Reihe von Geschäftspraktiken wird angenommen, dass sie die Fähigkeit der Verbraucher grundsätzlich einschränken, informierte Entscheidungen zu treffen. Sie sind daher immer als unlauter zu betrachten; die Anhänge zu der Richtlinie enthalten eine schwarze Liste mit 31 solchen Praktiken. Die Liste kann nur auf Gemeinschaftsebene geändert werden. Viele dieser Praktiken sind im Großen und Ganzen bereits verboten, wie Strukturvertrieb, Zusendung nicht bestellter Ware, Phantomrechnungen, Werbung mit Gütezeichen aus einem Gütezeichensystem, dem man nicht angehört, oder Werbung für angeblich kostenlose Angebote, die der Verbraucher doch bezahlen muss. Der Punkt ist hier jedoch, dass keine weitere Differenzierung erforderlich ist: Eine oder zwei Ungenauigkeiten reichen aus, um mit der Richtlinie in Konflikt zu geraten, auch wenn der Durchschnittsverbraucher sie leicht durchschauen kann. Ob die Fähigkeit eines Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, wirklich eingeschränkt ist, ist bei der Feststellung der Unlauterkeit einer Handlung, die die Bedingungen eines Punktes der schwarzen Liste erfüllt, unerheblich.

Eine Reihe dieser Praktiken sind für Anbieter audiovisueller Dienste besonders relevant. Mit Hilfe der schwarzen Liste könnte zum Beispiel gegen irreführende und aggressive Gewinnspiele in Anrufsendungen vorgegangen werden. Typisch für diese Gewinnspiele ist die Art und Weise, in der der Moderator die Zuschauer ermuntert, an dem Gewinnspiel teilzunehmen, und verspricht, dass es einfach sei, Preise zu gewinnen. In Wahrheit ist es jedoch extrem schwierig, den Moderator telefonisch zu erreichen, und die Telefonkosten sind sehr hoch. Solche Praktiken können durch die Punkte 19, 26 und 31 der schwarzen Liste bekämpft werden: Punkt 19 bewertet es als irreführend und daher unlauter, „Wettbewerbe und Preisausschreiben [anzubieten], ohne dass die beschriebenen Preise oder ein angemessenes Äquivalent vergeben werden“. Punkt 26 bewertet es als aggressiv und daher unlauter, „durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien“ Kunden zu werben. Punkt 31 bewertet es ebenso als aggressiv und daher unlauter, wenn der fälschliche Eindruck erweckt wird, „der Verbraucher habe bereits einen Preis gewonnen, werde einen Preis gewinnen oder werde durch eine bestimmte Handlung einen Preis oder einen sonstigen Vorteil gewinnen, obwohl es in Wirklichkeit keinen Preis oder sonstigen Vorteil gibt, oder die Möglichkeit des Verbrauchers, Handlungen in Bezug auf die Inanspruchnahme des Preises oder eines sonstigen Vorteils vorzunehmen, in Wirklichkeit von der Zahlung eines Betrags oder der Übernahme von Kosten durch den Verbraucher abhängig gemacht wird.“

Es wird nicht immer einfach sein, die schwarze Liste auf diese Gewinnspiele in Anrufsendungen anzuwenden. Dennoch wäre es weit weniger schwierig als die zurzeit angewandte Methode diese Gewinnspiele zu beenden, indem man versucht, sie als Fernsehwerbung, Eigenwerbung oder Teleshopping einzustufen, wie im Fall der Anrufsendung „Quick-Express“ des Österreichischen Rundfunks.<sup>23</sup>

### 4.3. Informationspflicht bei audiovisuellen Geschäftspraktiken

Im Mittelpunkt der UGP-RL steht die Annahme, dass der Verbraucher am besten durch die Bereitstellung von Informationen geschützt

werden kann, die andere rechtliche Beschränkungen wie etwa Werbeverbote überflüssig macht und damit den Wettbewerb am Markt fördert. Die Richtlinie verbietet das Weglassen wesentlicher Informationen, die der Durchschnittsverbraucher benötigt, um eine informierte wirtschaftliche Entscheidung treffen zu können. Außerdem enthält sie einen Überblick darüber, welche Informationen unter welchen Bedingungen als „wesentlich“ zu betrachten sind.

Die UGP-RL erkennt jedoch in Art. 7 Abs. 3 an, dass es räumliche oder zeitliche Beschränkungen geben kann, die durch das für die Geschäftspraxis verwendete Kommunikationsmedium auferlegt werden. Daher müssen diese Beschränkungen und alle Maßnahmen, die der Gewerbetreibende getroffen hat, um den Verbrauchern die Informationen anderweitig zur Verfügung zu stellen, bei der Entscheidung darüber berücksichtigt werden, ob Informationen vorenthalten wurden. Wenn der Verbraucher jedoch im Besitz bestimmter wesentlicher Informationen sein muss, weil die Werbung ihm die Möglichkeit gibt, ein Produkt oder eine Dienstleistung sofort zu bestellen, sind diese Informationen immer erforderlich, denn er muss ja wissen, mit wem er Geschäfte macht und ob es Fallstricke gibt. Art. 7 Abs. 4 der UGP-RL sieht daher vor, dass bei einem Angebot, das eine sofortige Annahme erfordert, also bei einer „Aufforderung zum Kauf“, mindestens folgende Informationen vorliegen müssen: Art des Produkts, Anschrift des Gewerbetreibenden, Preis des Produkts (einschließlich aller Zusatzkosten) und ob Praktiken angewandt werden, die der Verbraucher nicht erwarten kann. Ein Beispiel für unerwartete Praktiken wäre etwa eine unübliche Zahlungsweise.

Art. 2 lit. i der UGP-RL definiert die „Aufforderung zum Kauf“ als „jede kommerzielle Kommunikation, die die Merkmale des Produkts und den Preis in einer Weise angibt, die den Mitteln der verwendeten kommerziellen Kommunikation angemessen ist und den Verbraucher dadurch in die Lage versetzt, einen Kauf zu tätigen“. Wenn jede Werbung, die den Preis und das Produkt benennt, als eine solche Aufforderung betrachtet wird, müsste Werbung allerdings oft noch mehr Informationen enthalten. Um diese Verpflichtung zu umgehen, würden viele Werbende auf bedeutungslose Informationen ausweichen, was sicherlich nicht im Interesse der Verbraucher ist. Die Betonung liegt also notwendigerweise auf der Formulierung „...“ und den Verbraucher dadurch in die Lage versetzt, einen Kauf zu tätigen“. Die Umsetzung der UGP-RL im niederländischen Werbegesetz berücksichtigt diese eingeschränkte Interpretation, indem sie der Definition hinzufügt, dass eine Verpflichtung zu einer Zahlungsmodalität oder eine Situation vorhanden ist, in der der Verbraucher ein Geschäft unmittelbar abschließen kann, entweder vor Ort oder im Fernabsatz.

Der Einwand, dass die Informationen dem Verbraucher durch andere Kanäle mitgeteilt werden, ist bei einer Aufforderung zum Kauf wahrscheinlich irrelevant. Art. 7 Abs. 4 lit. a der UGP-RL nimmt in der Tat Bezug auf das Medium, denn hier wird festgelegt, dass die wesentlichen Merkmale des Produkts in dem für das Medium und das Produkt angemessenen Umfang angegeben werden müssen. Dies erlaubt den Schluss, dass Beschränkungen des Mediums bei den anderen Informationen, die in einer Aufforderung zum Kauf angegeben werden müssen, keine Rolle spielen. Die Frage muss allerdings noch vom Europäischen Gerichtshof geklärt werden. Bei On-Demand-Diensten sind Beschränkungen des Mediums nach meiner Auffassung keine Rechtfertigung für das Weglassen von Informationen, da zusätzliche Informationen hier immer bereitgestellt werden können.

Wo Angebote per audiovisueller kommerzieller Kommunikation unmittelbar angenommen werden können, müssen diese Informationspflichten in jedem Fall erfüllt werden, da diese Angebote als mit einer Aufforderung zum Kauf verbunden dargestellt werden könnten. Dies gilt zum Beispiel für das Teleshopping, eine Geschäftspraxis, die in Art. 1 lit. l der AVMD-RL definiert ist als „Sendungen direkter Angebote an die Öffentlichkeit für den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt“.

Danach muss bei solchen Aufforderungen immer zumindest eine geografische Adresse angegeben sein. Dies wäre aus meiner Sicht eine große Verbesserung. Beim Teleshopping kann sich der Werbende angesichts der langen Dauer nicht auf die Notwendigkeit stützen, die Informationen anderweitig bereitzustellen, wie er es in Anbetracht der vorgenannten Auslegung von Art. 7 Abs. 4 der UGP-RL kann.

Die AVMD-RL betrachtet Produktplatzierung und Sponsoring als Formen der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation. Produktplatzierung und Sponsorenwerbung sind erlaubt, unterliegen aber bestimmten Auflagen, und es stellt sich die Frage, ob die Informationspflichten nach der UGP-RL auch für diese Formen der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation gelten. Völlig sinnlos wäre dies nicht, denn es ist klar, dass „Non-Spot-Werbung“ zurzeit in großem Umfang die „Spotwerbung“ verdrängt und kein Grund besteht, warum für „Non-Spot-Werbung“ anstelle von „Spotwerbung“ nicht die üblichen Werbevorschriften gelten sollten.

#### 4.4. Werbung für audiovisuelle Mediendienste

In den meisten Fällen ist der Zuschauer kein Verbraucher im Sinne der UGP-RL, denn die Definition verlangt, dass er als Zuschauer eine geschäftliche Entscheidung trifft, die er ohne die unlautere Geschäftspraxis des Mediendiensteanbieters nicht getroffen hätte. Nun ist es denkbar, dass ein Zuschauer enttäuscht sein kann, wenn er eine Sendung gewählt hat, die ihm in den Eigenwerbespots des Anbieters so enthusiastisch empfohlen wurde. Um diese Wahl aber als geschäftliche Entscheidung im Sinne der Definition in Art. 2 lit. k der UGP-RL betrachten zu können, muss eine Entscheidung eines Verbrauchers darüber vorliegen, „ob, wie und unter welchen Bedingungen er einen Kauf tätigen, eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher beschließt, tätig zu werden oder davon abzusehen“.

Bei einem offenen Netz, in dem Dienste ohne Bezahlung angeboten werden, ist dies schwer vorstellbar. Anders mag der Fall liegen, wenn der Zuschauer tatsächlich als Verbraucher auftritt, indem er einen audiovisuellen Mediendienst auf Abruf kauft. Die Informationen über diese audiovisuellen Dienste können anhand der Vorschriften für unlautere Geschäftspraktiken überprüft werden, wenn der Anbieter von Mediendiensten auch als Gewerbetreibender im Sinne der UGP-RL eingestuft werden kann (siehe Definition oben unter 2.2). In jedem Fall gilt die Definition für kommerzielle Anbieter von Mediendiensten. Diese Position bietet dem Zuschauer in seiner Rolle als Medienkonsument die Möglichkeit, den Inhalt des bereitgestellten Dienstes daraufhin zu überwachen, ob der Dienst der Werbung des Anbieters gerecht wird und ob er aggressiv vermarktet wird. Dabei ist zu beachten, dass es hier nicht um die inhaltliche Überwachung des Mediendienstes selbst geht, sondern darum, ob die Informationen über den Dienst dem tatsächlichen Dienst entsprechen.

#### 4.5. Übermäßige Werbung und aggressive Geschäftspraktiken

Schon die Fernsehrichtlinie hatte dem Zuschauer in Erwägung 27 eine Verbraucherrolle zugesprochen. Dort werden das System von Mindeststandards und die Möglichkeit strengerer innerstaatlicher Regelungen explizit als Garantie dafür vorgeschlagen, dass die Interessen der Verbraucher als Fernsehzuschauer voll und angemessen geschützt werden. In dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs im Fall der österreichischen Gewinnspiel-Anrufsendung heißt es unter Rn. 27: „Dementsprechend bringen, wie der Generalanwalt in Nr. 76 seiner Schlussanträge hervorgehoben hat, die Bestimmungen des Kapitels IV der Richtlinie 89/552, die diese Normen und Kriterien festlegen, den Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers zum Ausdruck, diese Werbetätigkeiten von den übrigen Teilen der ausgestrahlten Programme abzugrenzen, sie für die Zuschauer eindeutig erkennbar zu machen und die Dauer ihrer Ausstrahlung zu begrenzen. Dem Schutz der Verbraucher als Zuschauer gegen übermäßige Werbung kommt somit im Rahmen des Ziels der Richtlinie 89/552 eine wesentliche Bedeutung zu (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 23. Oktober 2003, RTL Television, C 245/01, Slg. 2003, I 12489, Rn. 64<sup>24</sup>).

Der vom Gerichtshof genannte RTL-Fall betrifft übermäßige Werbung. Es ging dort um die Auslegung des Begriffs „Reihe“ zur Bestimmung der zulässigen Häufigkeit von Werbeunterbrechungen in Fernsehsendungen. RTL strahlte verschiedene Filme wie „Schrei im Wald“ und „Rache der Amy Fisher“ mit einer Länge von jeweils etwa 86 Minuten aus, die der Sender dann durch Werbung als Teile einer Reihe mit dem Titel „Gefährliche Leidenschaft“ deklarierte. Wenn die Filme als Reihe gelten, sind vier Werbeunterbrechungen zulässig (alle 20 Minuten eine). Gelten sie jedoch als Filme, ist nur eine Unterbrechung möglich (also alle 45 Minuten eine, wenn der Film länger ist als 45 Minu-

ten). Der Gerichtshof legte den Begriff „Reihe“ anhand inhaltlicher Kriterien aus, etwa der Fortentwicklung einer Handlung oder des Wiederkehrens einer oder mehrerer Personen in den verschiedenen Sendungen. Der Gerichtshof erklärte die unterschiedliche zulässige Häufigkeit von Werbeunterbrechungen bei Filmen und Reihen damit, dass Reihen gerade aufgrund der inhaltlichen Elemente, die die einzelnen Filme, aus denen sie bestehen, verknüpfen, von den Fernsehzuschauern geringere Aufmerksamkeit verlangen als Filme. Ebenfalls interessant ist, dass der Gerichtshof die betreffende Einschränkung aufgrund von Art. 10 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) für gerechtfertigt hielt. Unter Rn. 70 des Urteils heißt es: Diese Einschränkung „verfolgt ein legitimes Ziel, nämlich den ‚Schutz ... der Rechte anderer‘ im Sinne der genannten Bestimmung, d. h. den Schutz der Zuschauer als Verbraucher sowie deren Interesse, Zugang zu Programmen guter Qualität zu haben. Diese Ziele können Maßnahmen gegen übermäßige Werbung rechtfertigen.“

Die AVMD-RL verändert dieses fein austarierte Gleichgewicht zwischen den Interessen der Anbieter audiovisueller Dienste und dem Zuschauer als Verbraucher. Nun ist es den Fernsehveranstaltern überlassen, in welchem Umfang sie ihre Reihen, Serien und Dokumentarsendungen durch Werbung unterbrechen. Allerdings müssen sie dabei noch immer verschiedene Faktoren berücksichtigen, zum Beispiel natürliche Pausen, die Art der Sendung und die Urheberpersönlichkeitsrechte der Programmhersteller. Für Filme, die für das Fernsehen hergestellt werden, gelten quantitative Werbebeschränkungen: Diese Sendungen dürfen nur alle halbe Stunde einmal unterbrochen werden. Gerechtfertigt wird diese größere Flexibilität, wie bereits ausgeführt, mit den zunehmenden Möglichkeiten für die Zuschauer, durch den Einsatz neuer Technologien wie persönlicher digitaler Videorecorder und der zunehmenden Auswahl an Fernsehkanälen Werbung zu umgehen (Erwägungen 57 und 58 der AVMD-RL). Der Zuschauer hat in diesem Bereich also offenbar keinen weiteren Schutzbedarf. Gleiches gilt auch für ein Übermaß an Produktplatzierung und Sponsorenwerbung. Solange der Zuschauer informiert wird, sind keine weiteren Einschränkungen zum Schutz des Verbrauchers vor übermäßiger Werbung erforderlich. Doch wird die Lücke nun von der UGP-RL geschlossen? Gemäß Punkt 26 der schwarzen Liste ist es eine aggressive und damit unter allen Umständen unlautere Geschäftspraxis, „Kunden [...] durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien [zu werben], außer in Fällen und in den Grenzen, in denen ein solches Verhalten nach den nationalen Rechtsvorschriften gerechtfertigt ist, um eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen. Dies gilt unbeschadet des Art. 10 der Richtlinie 97/7/EG sowie der Richtlinien 95/46/EG und 2002/58/EG.“

Das hier erwähnte unerwünschte Ansprechen mag schwer mit Werbeunterbrechungen oder Produktplatzierungen zu vergleichen sein. Dennoch könnte man anführen, dass Unterbrechungen oder Produktplatzierungen für die Fernsehzuschauer unerwünscht sind. Je nach der Häufigkeit der Unterbrechungen oder Produktplatzierungen in ein und derselben Sendung könnte gegen manche Formen dieser Art von kommerzieller Kommunikation vorgegangen werden, wenn sie das Kriterium „hartnäckig“ erfüllen.

## 5. Zusammenfassung

Welchen Schutz bietet nun die UGP-RL dem Nutzer audiovisueller Mediendienste im Vergleich zur AVMD-RL? Wie wir gesehen haben, bietet die AVMD-RL dem Nutzer an sich keinerlei Schutz vor übermäßiger Werbung, und der Nutzer dieser Dienste wird als Verbraucher im Grunde vernachlässigt. Die Beziehung zwischen AVMD-RL und UGP-RL ist nicht, wie die Erläuterung zur AVMD-RL vermuten lässt, durch den Spezialisierungsgrad geprägt: Selbst in den Fällen, die in der AVMD-RL geregelt sind, kann die UGP-RL gelten, und der Anbieter audiovisueller Mediendienste kann für unlautere Geschäftspraktiken zur Verantwortung gezogen werden. Diese Überschneidung zeigt sich deutlich beim Verbot der Schleichwerbung. AVMD-RL und UGP-RL behandeln dieses Verbot gleich: Allein das Weglassen der erforderlichen Information reicht zur Rechtfertigung des Verbots aus. Durch diese Methode der *Präsentation der Werbung* und andere Methoden wie Produktplatzierung und Sponsoring ist es interessant zu sehen, dass der Werbende dank der UGP-RL nun ebenfalls für Verstöße gegen die einschlägigen Vorschriften zur Verantwortung gezogen werden kann. Selbst der Anbieter audiovisueller Mediendienste könnte, entsprechend der Bestimmung über die nationale Zuständigkeit, als im Namen des Werbenden handelnde Partei für unlautere Geschäftspraktiken zur Verantwortung gezogen werden.

Die UGP-RL beschränkt sich auf wirtschaftliche Geschäfte. Klagen über den *Inhalt* eines Mediendienstes können nur berücksichtigt werden, wenn für diesen Inhalt unlautere Werbung getrieben wurde. Die UGP-RL eignet sich – besser als die AVMD-RL – zur Abwehr unlauterer Praktiken bei Gewinnspiel-Anrufungen und anderen kommerziell angebotenen Diensten. Der Anbieter audiovisueller Mediendienste ist auch indirekt durch die Informationspflicht im Rahmen der UGP-RL gebunden. Vorschriften über Werbeeinhalte sollten auch für „Non-Spot-Werbung“ gelten, da diese Form der Werbung die gewohnten Werbebotschaften immer mehr verdrängt.

- 1) Erwägung 27 der Richtlinie 89/552/EWG vom 3. Oktober 1989: „Um sicherzustellen, dass die Interessen der Verbraucher als Zuschauer umfassend und angemessen geschützt werden, muss die Fernsehwerbung einer Reihe von Mindestnormen und Kriterien unterworfen werden; die Mitgliedstaaten müssen das Recht behalten, ausführlichere oder strengere Bestimmungen und in bestimmten Fällen unterschiedliche Bedingungen für die ihrer Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstalter einzuführen.“
- 2) Siehe J.J.C. Kabel, „Telesiereclame en de mediaconsument in het Europese omroeprecht“, *Tijdschrift voor Consumentrecht* 1990, Nr. 1, S. 3–19.
- 3) ABL C 92 vom 25. April 1975, S. 1–12. Diese Rechte sind (1) das Recht auf Schutz der Gesundheit und Sicherheit, (2) das Recht auf Schutz der wirtschaftlichen Interessen, (3) das Recht auf Wiedergutmachung erlittenen Schadens, (4) das Recht auf Unterrichtung und Bildung und (5) das Recht auf Vertretung.
- 4) Siehe zum Beispiel EGMR, 24. November 1993 (Informationsverein Lentia und andere gegen Österreich), Serie A, Nr. 276.
- 5) Richtlinie 2007/65/EG vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABL L 332 vom 18. Dezember 2007, S. 27.
- 6) Erwägung (7) der Richtlinie 2007/65/EG.
- 7) Thomas Wilhelmsson, „The Consumer's Right to Knowledge and the Press“, in: T. Wilhelmsson et al. (eds.), *Consumer Law in the Information Society*, Kluwer Law International, S. 367–384.
- 8) N. Helberger, „The Media-Literate viewer“, in: *Dommering-bundel*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2008, S. 135–149 ([http://www.ivir.nl/publications/helberger/Dommering\\_bundel\\_Helberger.pdf](http://www.ivir.nl/publications/helberger/Dommering_bundel_Helberger.pdf)).
- 9) Lowe und Bardeol zitieren hier Poltrack: „In unseren Untersuchungen mit Konsumenten ist Inhalt auf Abruf die Killerapplikation. Ihnen gefällt die Vorstellung, nur das zu bezahlen, was sie wirklich sehen.“ Siehe Gregory Ferrell Lowe & Jo Bardeol (eds.), *From Public Service Broadcasting to Public Service Media*, Nordicom Göteborg 2007, S. 21.
- 10) Richtlinie 2005/29/EG vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABL L 149 vom 11. Juni 2005, S. 22. Das Datum der Umsetzung

- war Dezember 2007. Für weitere Informationen über diese Richtlinie siehe Stephen Weatherill & Ulf Bernitz (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2007.
- 11) Siehe § 1 des deutschen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), nach dem das UWG nach ständiger Rechtsprechung einem dreifachen Ziel dient: dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher, der Mitbewerber und des Interesses der Allgemeinheit. Siehe zu dieser Rechtsprechung und darüber hinaus Frauke Henning-Bodewig, *Unfair Competition Law. European Union and Member States*, Kluwer Law International 2006, S. 127.
  - 12) Richtlinie 84/450/EWG vom 10. September 1984 über irreführende Werbung, ABL L 250 vom 9. September 1984, S. 17.
  - 13) Richtlinie 97/55/EG vom 6. Oktober 1997 über irreführende und vergleichende Werbung, ABL L 290 vom 23. Oktober 1997, S. 10.
  - 14) Siehe Erwägung (3) und (4) der UGP-RL.
  - 15) Richtlinie 2006/114/EG vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), ABL L 376 vom 27. Dezember 2006, S. 21.
  - 16) Hervorhebung des Verfassers.
  - 17) EuGH 16. Juli 1998, C-210/96 (Gut Springenheide GmbH, R. Tusky gegen Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt — Amt für Lebensmittelüberwachung).
  - 18) C-373/90 vom 16. Januar 1992 (Strafverfahren gegen X.).
  - 19) Hervorhebung des Verfassers.
  - 20) Hervorhebung des Verfassers.
  - 21) Erwägung 60: „Schleichwerbung in der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation wird von dieser Richtlinie wegen ihrer nachteiligen Auswirkungen auf die Verbraucher verboten. (...)“
  - 22) Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABL L 178 vom 17. Juli 2000, S. 1.
  - 23) EuGH 18. Oktober 2007, C-195/06 (KommAustria gegen ORF).
  - 24) Quelle: <http://curia.europa.eu/jurispg/cgi-bin/gettext.pl?lang=de&num=79968976C19010245&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>