



EMR – Das aktuelle Stichwort

Auf dem Unionsauge blind?

Zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Zulässigkeit regionalisierter Werbung im Programm bundesweiter Veranstalter

Von *Dr. Jörg Ukrow*, stv. Vorstandsvorsitzender des EMR und stv. Direktor der Landesmedienanstalt Saarland

Schon die Pressemitteilung des Bundesverwaltungsgerichts zu seiner Entscheidung vom 17. Dezember 2014 zur Zulässigkeit regionalisierter Werbung ließ aufhorchen. Die Begründung der Entscheidung, die inzwischen vorliegt, bestätigt die damaligen Bedenken. Die Entscheidung stellt nicht nur eine Abkehr von einer gefestigten Auslegungs- und Anwendungspraxis zum Verhältnis Werbung und Programm dar, die – wie das BVerwG selbst (Tz. 13 f.) einräumt – zumindest nicht durch eine semantische und systematische Auslegung insoweit relevanter Bestimmungen des RStV geboten ist. Sie begegnet auch erheblichen unionsrechtlichen Bedenken.

Mit Blick auf die unionsrechtliche Dimension der Thematik bedeutsam ist die in Tz. 21 der Entscheidung feststellbare Fehleinschätzung des BVerwG. Diese lautet:

„Soweit die Beklagte den Sinn der Zulassung auch darin sieht, dass sie die Verantwortlichkeit des Veranstalters für sämtliche gesendeten Inhalte - einschließlich der Werbeinhalte - klarstelle, vermag auch diese Erwägung kein gegenteiliges Ergebnis zu rechtfertigen. Die Verantwortlichkeit des Veranstalters für die von ihm verbreiteten Werbeinhalte begründet sich bereits aus dem Gesetz, d.h. aus den werbebezogenen Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrages, die an ihn adressiert sind. Zusätzlicher Klarstellung bedarf es nicht.“

Entgegen der Auffassung des BVerwG besteht zusätzlicher Klarstellungsbedarf aus unionsrechtlichen Verpflichtungen heraus durchaus, weil die werbebezogenen Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrages weder (a) im Stande sind, den durch die AVMD-Richtlinie gebotenen Vollzug von Regelungen zu audiovisueller kommerzieller Kommunikation sicherzustellen, noch (b) dem Risiko vorzubeugen vermögen, dass Deutschland mit Blick auf seine Glücksspielregulierung zukünftig von der EU-Kommission oder von dritter Seite vor dem EuGH mit Aussicht auf Erfolg der Vorwurf gemacht werden kann, der Vollzug des Glücksspielstaatsvertrages genüge nicht den Vorgaben an die Kohärenz und Konsistenz einer Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls.

(zu a) Die Regelungen der AVMD-Richtlinie zu audiovisueller kommerzieller Kommunikation, namentlich Werbung, sind in Deutschland nicht abschließend durch Regelungen der Länder, insbesondere RStV und JMStV, umgesetzt. Vielmehr erfolgte die Umsetzung

- der Bestimmungen zur Arzneimittelwerbung (Art. 9 Abs. 1 Buchst. f) und Art. 21 AVMD-Richtlinie) durch das Heilmittelwerbeengesetz des Bundes
- der Bestimmungen zur Tabakwerbung (Art. 9 Abs. 1 Buchst. d) AVMD-Richtlinie) durch das Vorläufige Tabakgesetz des Bundes.

Keine dieser bundesrechtlichen Bestimmungen sieht eine Aufsichtszuständigkeit unabhängiger Regulierungsbehörden vor.

Eine solche Aufsichtszuständigkeit ist indessen durch Art. 30 AVMD-Richtlinie unionsrechtlich geboten. Sie konnte in der Vergangenheit über Verweis auf § 41 Abs. 1 Satz 4 RStV erreicht werden. Denn für die Einhaltung werberechtlicher Bestimmungen des Bundes als allgemeiner Gesetze waren für den Bereich des privaten Rundfunks die unabhängigen Landesmedienanstalten zuständig.

Diese Klammer zwischen AVMD-relevantem Werberecht des Bundes und Aufsichtszuständigkeit unabhängiger Landesmedienanstalten entfällt indessen, wenn man mit dem BVerwG Werbung nicht mehr als zum Programm zugehörig einstuft. Denn dann können allgemeine Programmgrundsätze, wie sie § 41 RStV definiert, auch nicht mehr für die werblichen Bestandteile des Angebotes eines Rundfunkveranstalters gelten.

Die damit durch die Entscheidung des BVerwG provozierte Regelungslücke steht einem effektiven Vollzug der AVMD-Richtlinie durch den Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland, wie er unionsrechtlich geboten ist, entgegen und birgt das Risiko der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens der EU-Kommission gegen Deutschland in sich.

(zu b) § 41 Abs. 1 Satz 4 RStV war im Übrigen in der Vergangenheit z.B. auch Anker für Beanstandungen gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern wegen Verletzung glücksspielstaatsvertraglicher Werbeverbote im Fernsehen. Das parallele Vorgehen von Glücksspielaufsicht und Medienaufsicht in solchen Fällen – von Seiten der Glücksspielaufsicht gegen den werbenden Glücksspielanbieter, von Seiten der Landesmedienanstalten gegen private Fernsehveranstalter, in deren Programm die betreffende Werbung geschaltet war – ist wesentlicher Gegenstand der Gemeinsamen Leitlinien der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder und der Landesmedienanstalten zur Zusammenarbeit bei der Aufsicht über Glücksspielwerbung im privaten Rundfunk und Telemedien privater Anbieter. Diese Leitlinien dienen nicht zuletzt auch dem Ziel eines kohärenten Vollzugs des GlüStV in Deutschland. Ein solcher kohärenter Vollzug ist nach der Judikatur des EuGH unverzichtbar für die Rechtfertigung von Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit

von Glücksspielanbietern durch zwingende Erwägungen des Gemeinwohls. Um solche Einschränkungen handelt es sich auch bei den Werbeverböten des GlStV.

Auch insoweit ist mithin die durch die Entscheidung des BVerwG provozierte Regelungslücke – Wegfall von § 41 Abs. 1 Satz 4 RStV als Anker für Beanstandung von Verstößen gegen geltendes Werberecht durch private Rundfunkveranstalter – risikobehaftet: Hier droht über die Verletzung der Vorgaben an eine unionsrechtskonforme Einschränkung einer EU-Grundfreiheit (Dienstleistungsfreiheit) ebenfalls das Risiko der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens der EU-Kommission gegen Deutschland.

Das rundfunkrechtliche Regelungsziel der Sicherung einer freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung weist – wie das BVerwG selbst im Ansatz anerkennt (Tz. 18 seiner Entscheidung) – durchaus Bezüge zur Werbung auf: Auch Werbung kann meinungsbildend wirken. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb das BVerwG an dieser Stelle seiner Entscheidung darauf verzichtet, dem Gesetzgeber bei der Frage, ob dieser Wirkeffekt hinreichend für die Einbeziehung auch der Werbung in das rundfunkrechtliche Zulassungserfordernis ist, eine Einschätzungs- und Beurteilungsprärogative einzuräumen.

In diesem Zusammenhang versäumt es das BVerwG auch, die Ausführungen der KEK zur Bedeutung von Werbung für die Sicherung von Meinungsvielfalt in seine Entscheidungen einzubeziehen. Nach der gefestigten Anwendungspraxis dieses Organs, das nach § 36 Abs. 4 Satz 1 RStV durch den RStV „zuständig für die abschließende Beurteilung von Fragestellungen der Sicherung von Meinungsvielfalt im Zusammenhang mit der bundesweiten Veranstaltung von Fernsehprogrammen (ist)“, ist auch der Fernsehwerbemarkt ein medienrelevanter verwandter Markt i.S. des Rechts der Sicherung der Meinungsvielfalt im RStV. Zur Bedeutung von Werbung im Meinungsbildungsprozess kann hierbei auf die Ausführungen der KEK zu Werbeagenturen in ihren Konzentrationsberichten, so z.B. im jüngsten 5. Bericht „Von der Fernsehzentrierung zur Medienfokussierung – Anforderungen an eine zeitgemäße Sicherung medialer Meinungsvielfalt“ verwiesen werden. Dort (S. 436 f.) führt die KEK aus:

„Für die Meinungsvielfalt ist die hohe Konzentration auf dem Fernsehwerbemarkt in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung, da die Werbefinanzierung nach wie vor die Hauptfinanzierungsquelle des privaten Fernsehens darstellt. Zum einen können marktbeherrschende Unternehmen auf der Seite der Anbieter von Werbefläche Markteintrittsbarrieren zum Schutz vor neuen, werbefinanzierten Fernsehveranstaltern – und damit weiterer Konkurrenz – aufbauen. Im Konkurrenzkampf der Medienunternehmen um Werbegelder werden zudem diejenigen von den Mediaagenturen und der Werbewirtschaft bevorzugt, die größere Rabatte gewähren können – mithin die großen Veranstaltergruppen. Dies kann Auswirkungen auf die Medienvielfalt haben, sofern Nischen- und Spezialangebote dadurch weniger Werbeeinnahmen erzielen.

Vor dem Hintergrund, dass nur wenige Mediaagenturen große Einkaufsvolumina bündeln, steigt auch die Gefahr von redaktioneller Einflussnahme durch diese. Zwar sind bislang keine

unmittelbaren Beeinflussungen auffällig, es besteht jedoch die Möglichkeit, dass sich die Zielsetzungen der werbetreibenden Wirtschaft – zumindest indirekt – in der Programmgestaltung niederschlagen. Die Machtposition der Mediaagenturen kann für einzelne Sender zu Abhängigkeiten führen.“

Diese Ausführungen sprechen unter dem Blickwinkel des Zulassungserfordernisses als Instrument der Sicherung einer freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung für eine fortdauernde Einbeziehung auch von Werbung im Programm in dieses Erfordernis.

Im Übrigen spricht vieles dafür, dass das rundfunkrechtliche Zulassungserfordernis nicht nur der Sicherung einer freien individuellen u. öffentlichen Meinungsbildung im engeren Sinne dient, sondern auch der besonderen Wirkungsmacht des Rundfunks mit Blick auf sonstige verfassungsrechtlich wie unionsrechtlich anerkannte Gemeinwohlinteressen (insbesondere Verbraucherschutz) Rechnung trägt. Auch letzterer Aspekt streitet für eine Einbeziehung von Werbung in das Zulassungserfordernis als Beitrag zur Schaffung einer positiven Rundfunkordnung, die auch verfahrensrechtlich möglichen Fehlentwicklungen werblicher Art vorzubeugen im Stande ist.

Das verfassungsrechtliche Gebot der Vermeidung von nicht mehr rückholbaren Fehlentwicklungen bei der Sicherstellung auch lokaler und regionaler Meinungsvielfalt spricht für eine gesetzgeberische Reaktion auf die Entscheidung des BVerwG, wobei zumindest bezüglich des „wie“ der prophylaktischen Absicherung die bereits erwähnte Beurteilungsprärogative des Gesetzgebers besteht.

Eine auf Sachverhalte im privaten Pfeiler des dualen Rundfunksystems beschränkte Reaktion des Gesetzgebers droht Gefährdungslagen finanzieller Art für lokale und regionale Meinungsvielfalt nicht sachangemessen umfassend entgegenzuwirken und würde sich auch dem Risiko einer möglichen Verletzung von Art. 3 GG durch einen solchen adressatenmäßig verengten Regulierungsansatz aussetzen.