

Danaergeschenk für die Meinungsfreiheit? Zur Vermischung von Werbung und Programm in Radio und Fernsehen

Christoph Beat Graber

Dr. iur., Rechtsanwalt, Oberassistent am Institut für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht der Universität Bern

I. Einleitung

Angesichts des hölzernen Pferdes, das die Griechen bei ihrer scheinbaren Abfahrt in Troja zurückgelassen hatten, warnte LAOKOON die Trojaner: «Quidquid id est timeo Danaos, et dona ferentes»². Die Frage ist berechtigt, ob der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) der Scharfblick des LAOKOON fehlte, als sie unlängst entschied, dass die Nennung von TCS und ACS in den Verkehrsinformationen am Radio keine Schleichwerbung sei³.

Die Beschwerde, die dem Entscheid zugrunde lag, richtete sich gegen die Ausstrahlung von Verkehrsinformationen im Programm von Radio DRS. Der Dorn im Auge des Beschwerdeführers war, dass die SRG diese Meldungen als «Verkehrsinformationen DRS/TCS» (häufig unter zusätzlicher Erwähnung des ACS) ankündigte. Die UBI erinnerte unter dem Gesichtspunkt Schleichwerbung an ihre Praxis, wonach die Schwelle zur indirekten Werbung erst dann überschritten sei, wenn für die Zuschauer der Werbeeffect gegenüber der Informationsvermittlung überwiege. Sie kam zum Schluss, dass die Nennung von TCS und ACS durch ihre häufige Wiederholung einen gewissen Werbeeffect für die beiden Verbände erzeugt habe. Weil in der Rezeption durch die Zuhörer jedoch nicht die genannten Verbände, sondern die vermittelte Verkehrsinformation im Vordergrund gestan-

den sei, liege keine unerlaubte Schleichwerbung vor. Damit wies sie die Beschwerde ab.

Der fragliche Entscheid ist unterschiedlich aufgenommen worden. Wie nicht anders zu erwarten, zeigte sich die SRG davon befriedigt. Ihrer Meinung nach ist die Nennung von ACS und TCS nicht Werbung, sondern eine «Quellenangabe für ihre Information»⁴. Der Beschwerdeführer hingegen bemängelte den Entscheid in einem Pressecommuniqué und machte geltend, dass damit einer Umgehung des Werbeverbots auf Radio DRS Tür und Tor geöffnet würden⁵.

Stellt man in Rechnung, dass Anzeichen für eine Zunahme solcher Vermischung von Information und Werbung in Radio und Fernsehen existieren, stimmt der UBI-Entscheid in der Tat nachdenklich. Wo liegen die Grenzen? Ist es z.B. noch zulässig, wenn - wie es einige Wochen nach dem Entscheid geschehen ist - die Verkehrsinformationen DRS/TCS unmittelbar vor den Radionachrichten ausgestrahlt werden und dort u.a. mitgeteilt wird, dass ACS und TCS die Politik des Bundesrates bekämpften, den Schwerverkehr im Alpen transit durch Abgaben von der Strasse auf die Schiene zu zwingen. Muss das Publikum in einem solchen Fall nicht an der Neutralität der SRG in Verkehrsfragen zweifeln? Noch gravierendere Probleme als im SRG-Radio zeichnen sich beim privaten Fernsehen ab, wie die Situation in Deutschland bereits deutlich zeigt: RTL beispielsweise sendet eine Wettershow, in der nicht erkennbar ist, ob es

Résumé: Dans le prolongement d'une concurrence de plus en plus dure entre diffuseurs, les cas de publicité déguisée en programme se multiplient. Les autorités de surveillance en matière de radiodiffusion se trouvent devant un dilemme: elles sont chargées d'un côté de protéger le public contre de tels débordements, mais elles font d'un autre côté preuve de compréhension à l'égard de la situation de contrainte économique valant pour les diffuseurs financés par la publicité. Le dilemme peut être résolu par une pesée des intérêts qui prend comme modèle l'ordre de valeur exprimé dans les droits fondamentaux. Dans le cas de publicité camouflée, il ressort d'une telle pesée des intérêts que la libre formation de l'opinion du public doit être privilégiée. C'est pourquoi, les effets publicitaires dans un programme ne doivent être tolérés que s'ils sont nécessaires à la réalisation du mandat de programme.

1 Der Autor war von 1994-1997 leitender Sekretär der UBI.

2 VERGIL, Aeneis II, 49.

3 UBIE b.331 vom 30. Mai 1997 (W.), teilweise abgedruckt in: medialex 3/97, S. 166-168 mit Anmerkung von B. COTTIER.

4 Der Bund vom 3. Juli 1997.

5 Vgl. a. a. O.

Zusammenfassung: *Im Zuge eines immer härteren Wettbewerbs zwischen Veranstaltern häufen sich Fälle, wo sich Werbung als Programm verkleidet. Die Rundfunkaufsichtsbehörden befinden sich in einem Dilemma: Auf der einen Seite sind sie beauftragt, das Publikum vor solchen Übergriffen zu schützen, andererseits bringen sie der wirtschaftlichen Zwangssituation werbefinanzierter Veranstalter Verständnis entgegen. Den Ausweg aus dem Dilemma kann eine Interessenabwägung bieten, die sich an der in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Wertordnung orientiert. Für den Fall von Schleichwerbung ergibt eine solche Abwägung, dass die freie Meinungsbildung des Publikums zu privilegieren ist. Deshalb sind Werbeeffekte im Programm nur solange zu dulden, als sie zur Erfüllung des Programmauftrags erforderlich sind.*

sich um Werbung oder Information handelt⁶. Problematisch ist ebenfalls, dass Greenpeace - vorerst sechsmal jährlich - Gelegenheit erhält, ein eigenes Programm auf RTL auszustrahlen⁷. Von publizistischer Eigenständigkeit des Veranstalters kann hier wohl nicht mehr die Rede sein.

Solche Probleme sind Anlass, in diesem Aufsatz über die Grenze zwischen Information und Werbung in Radio und Fernsehen nachzudenken. Ich vertrete die These, dass der Begriff «Schleichwerbung» von der Rundfunkaufsicht im Lichte der Wertordnung der Schweizerischen Bundesverfassung auszulegen ist. Diese gebietet, das Interesse der Öffentlichkeit an unabhängiger Meinungsbildung zu privilegieren gegenüber demjenigen des Veranstalters an Gewinnmaximierung. Ich will zeigen, dass der Gesetzgeber diesen Vorrang von ideellen gegenüber kommerziellen Interessen in verschiedenen Bestimmungen verankert hat, welche die Trennung zwischen Werbung i.w.S.⁸ und Programm vorschreiben. Die schönsten Bestimmungen nützen jedoch nichts, wenn die zuständigen Aufsichtsbehörden im konkreten Fall eine Optik wählen, die es - mangels genügender Sensibilisierung für ideelle Interessen - gar nicht erst ermöglicht, ein allfälliges Danaergeschenk für die Meinungsfreiheit zu erkennen.

II. Schleichwerbung als Kollision ideeller und kommerzieller Werte

Gemäss Art. 15 Abs. 2 der Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Okt. 1997 (RTVV)⁹ ist Schleichwerbung verboten. Unter Schleichwerbung versteht diese Bestimmung «insbesondere die gegen Entgelt vorgenommene Darstellung wer-

benden Charakters von Waren und Dienstleistungen ausserhalb der Werbung». Was eine «Darstellung werbenden Charakters ausserhalb der Werbung» jedoch ist, geht aus diesem Wortlaut nicht hervor. Bei «Schleichwerbung» handelt es sich mithin um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der durch die Aufsichtsbehörde im Einzelfall auszulegen ist. Solche Interpretation mündet in einer Abwägung der widerstreitenden Interessen. Folgt man dabei der Methode der **grundrechtlich strukturierten Interessenabwägung**¹⁰, ist zunächst zu fragen, welche Interessen einander im Falle von Schleichwerbung gegenüberstehen und wie sie von der Gesellschaft bewertet werden. Hierzu drängt sich - vor weiteren rechtlichen Erwägungen - ein soziologischer Blick auf das Phänomen Werbung in den elektronischen Medien auf.

1. Rundfunkwerbung aus soziologischer Sicht

Soziologisch-systemtheoretisch gesehen sind die elektronischen Medien janusköpfig: Sie erscheinen gleichzeitig nicht nur im Medien-, sondern auch im Wirtschaftssystem. Beide Systeme zeichnen sich dadurch aus, dass sie je eigenen Gesetzen gehorchen. Während sich das Mediensystem reproduziert, indem es Informationen von Nichtinformationen unterscheidet¹¹, operiert das Wirtschaftssystem die Leitunterscheidung notwendige/nicht notwendige Zahlung¹². Mit andern Worten: Als Teil des Mediensystems erreichen Radio- und Fernsehen ihr Publikum, indem sie informieren. Aus der empirischen Forschung ist hinlänglich bekannt, nach welchen Kriterien das Me-

6 Vgl. R. STADLER, 1997a: Programmfenster - weiterhin ein Ziel von RTL, in: NZZ vom 17. Oktober 1997.

7 Vgl. R. STADLER, 1997b: Naturanwälfte im Kommerz-TV, in: NZZ vom 26. September 1997.

8 Im folgenden wird zwischen «Werbung» und «Werbung i.w.S.» unterschieden. Werbung i.w.S. umfasst sämtliche Formen werbender Äusserungen, also neben Werbung auch Sponsoring und Schleichwerbung.

9 SR 784.401.

10 Mit dem Zweck, Interessenabwägungen Struktur zu geben, versteht diese Methode Grundrechte nicht als Freiheitsrechte Einzelner, sondern als Prinzipien. Weil jedes Prinzip für einen bestimmten Leitwert eines sozialen Subsystems steht, koppelt sich das Recht, indem es sich von Prinzipien leiten lässt, gleichzeitig an die sich wandelnden Wertvorstellungen der Gesellschaft zurück. Dazu ausführlich C.B. GRABER, 1994: Zwischen Geist und Geld, Interferenzen von Kunst und Wirtschaft aus rechtlicher Sicht, Baden-Baden 1994, S. 197 ff.

11 Vgl. N. LUHMANN, 1996: Die Realität der Massenmedien, 2. erweiterte A., Opladen 1996, S. 36.

12 Vgl. N. LUHMANN, 1988: Die Wirtschaft der Gesellschaft, 2.A., Frankfurt a.M. 1989, S. 85 ff., 131, 243.

diensystem Informationen seligiert. NIKLAS LUHMANN zählt «Neuheit», «Konflikte», «Quantitäten», «lokaler Bezug» und «Normverstöße» zu den wichtigsten Selektoren von Nachrichten¹³. Es liegt auf der Hand, dass für ein Boulevard-Publikum andere Selektoren spielen als für Intellektuelle. Der Erfolg der einzelnen Redaktion im publizistischen Wettbewerb wird also u.a. davon abhängen, dass sie die für ihr Zielpublikum passenden Selektoren zu stimulieren vermag.

Der publizistische Erfolg oder - anders gesagt - die Einschaltquote ist gleichzeitig die Referenzgrösse für das Wirtschaftssystem. Besonders deutlich wird diese Doppelnatur dort, wo sich Radio- und Fernsehen über Werbung finanzieren: Nehmen wir an, ein Waschmittelhersteller beabsichtige, für sein neues Produkt eine Werbekampagne auf dem privaten Fernsehkanal XY zu lancieren. Er prüft den Preis, der ihm hierfür vom Veranstalter (häufig via Werbeagentur) offeriert wird, nach der Unterscheidung notwendige/nicht notwendige Zahlung. Die Zahlung erachtet er dann als notwendig, wenn der Publizitätseffekt, den er sich von dieser Aktion für sein Produkt verspricht, höher ist als die Werbekosten. Der kalkulierte Publizitätseffekt wiederum hängt ab vom Marktanteil der Sendungen, die im Umfeld des Werbeblocks ausgestrahlt werden.

Werbung will das Publikum manipulieren¹⁴. Auch wenn sie sich an die Grenzen von Straf- und Lauterkeitsrecht hält, verstösst sie damit gegen die Grundregeln publizistischer Professionalität, welche die unabhängige Meinungsbildung des Publikums hochhalten. Dies wird wohl deshalb toleriert, weil Werbung daraus keinen Hehl macht und das **Publikum damit rechnet**, manipuliert zu werden. Die Werbung wiederum setzt ebendiese Erwartung voraus und reagiert darauf, indem sie psychologisch komplexe Mittel einsetzt. Solche sprechen häufig weniger die kognitive als die emotionale Ebene an. Schöne Formen z.B. verschleiern fehlende Informationen, und durch ständige Wiederholung von akustischen und optischen Signalen wird das Gedächtnis «imprägniert» (LUHMANN). Weil das Publikum der Werbung weniger Glauben schenkt als dem Programm, hat die Werbung neue Formen wie Product Placement, Tele-

shopping, Bartering usw. entwickelt, um die Werbebotschaften stärker ans Programm anzubinden¹⁵. Auch wenn dies durch ausgefeilte Techniken mystifiziert wird, ist die jeder Werbung immanente Botschaft stets eine Aufforderung zum Kauf. Beim Sponsoring ist es ähnlich, jedoch mit dem Unterschied, dass nicht für ein Produkt geworben, sondern Publizität für das Image einer Unternehmung gemacht wird. Auch hier ist die werbende Botschaft häufig paradoxal geformt. In der Regel läuft dies so, dass von etwas gesprochen wird, um etwas anderes zu sagen¹⁶. Sponsert z.B. eine Bank FEDERICO FELLINIS «Otto e mezzo», indem sie ermöglicht, dass der Film ohne Unterbrecherwerbung ausgestrahlt wird, so ist jedermann klar, dass die Bank keine Wohltätigkeitsorganisation ist. In der Tat bezahlt sie den Veranstalter dafür, dass sie auf dem Ruhm FELLINIS trittbrettfahren darf und sich - indem sie den Liebhabern von Kinoklassikern lästige Unterbrechungen erspart - ein Image von «Kultiviertheit» verschaffen kann.

Ausgehend von der soziologischen Analyse heutiger Realität von Werbung i.w.S. muss die herkömmliche juristische und unlängst wieder vom Bundesgericht bestätigte Auffassung als unkritisch bezeichnet werden, dass Werbung (im allgemeinen) primär dazu diene «(de) renseigner les consommateurs sur les prix et les qualités de leurs marchandises»¹⁷. Es ist zu bezweifeln, dass der Inhalt des Trojanischen Pferds damit richtig eingeschätzt ist, denn eine Informationsleistung erbringt Werbung höchstens (und selten genug) als Nebenzweck.

2. Trennung von Werbung und Programm durch das Recht

Abgesehen vom Schutz weiterer Rechtsgüter, worauf hier nicht eingegangen wer-

¹³ Vgl. LUHMANN, 1996 (FN 11), S. 58 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

¹⁴ Vgl. LUHMANN, a. a. O., S. 85.

¹⁵ Vgl. G. SPITZER, 1996: Sonderwerbeformen im TV, Wiesbaden 1996, insbesondere S. 136-184.

¹⁶ Für eine soziologische und rechtliche Analyse des Kunstsponsorings vgl. C.B. GRABER, 1992: Sponsoring: Eine rechtspolitische Herausforderung für die Steuerung staatlicher Kunstförderung, in: KritV 1992, S. 192-230.

¹⁷ Vgl. BGE 123 I 205, mit Hinweis auf E. GRISEL, 1993: Liberté du commerce et de l'industrie, Vol. I, Bern 1993, S. 123. Wenig kritisch auch M. DÜRINGER, 1994: Radio- und Fernsehwerbung, Diss. Zürich 1994, S. 7 f.

den kann¹⁸, wächst dem Recht die Aufgabe zu, Regeln aufzustellen, die es dem Publikum ermöglichen, zwischen Programm und Wirtschaftswerbung, d.h. der publizistischen und der wirtschaftlichen Seite der elektronischen Medien zu unterscheiden. Damit schützt es die **Erwartung** objektiver Information, welche die Öffentlichkeit - wie oben gesehen - an das Programm, nicht aber an die Werbung richtet. Eine praktische Schwierigkeit, dieser Trennungsaufgabe auch effektiv nachzukommen, liegt für das Recht darin, dass sich die elektronischen Medien durch den härter werdenden Wettbewerb versucht sehen, Werbeformen zu ersinnen, die mit Information verwechselt werden können¹⁹. Die Rundfunkaufsicht, die sowohl die Interessen des Publikums auf unabhängige Meinungsbildung schützen will, als auch Verständnis für die ökonomische Zwangssituation der Veranstalter aufbringt, befindet sich somit in einem Dilemma.

Zu einem Teil besteht dieses Dilemma in der Wahl der richtigen **Auflösung**, mit der die Rundfunkaufsicht Sachverhalte der

Schleichwerbung untersuchen soll. Den Ausweg weist hier die Verfassung und ihre in den Grundrechten zum Ausdruck kommende Wertordnung. Es ist deshalb angebracht, nachfolgend die im Problem der Schleichwerbung kollidierenden Prinzipien der Meinungsfreiheit und der Wirtschaftsfreiheit genauer zu analysieren und diesbezüglich ihr wechselseitiges Verhältnis zu bestimmen. Sollte diese Analyse den Vorrang des einen Prinzips über das andere ergeben, so wäre damit vorentschieden, ob die Rundfunkaufsicht beim Vollzug der Bestimmungen über die Abgrenzung von Werbung und Programm mehr oder weniger tolerant sein darf.

A. Die Meinungsfreiheit

Der Meinungsfreiheit kommt im Katalog der anerkannten Grundrechte eine herausragende Bedeutung zu. Das Bundesgericht hat sie im leading case «Aleinick» vor allem deshalb als ungeschriebenes Grundrecht anerkannt, weil sie das «fondement de tout Etat démocratique» sei. Deshalb verdiene sie «une place à part dans le catalogue des droits individuels garantis par la constitution et un traitement privilégié de la part des autorités»²⁰. In diesem Sinne ist sie auch Voraussetzung der Pressefreiheit (Art. 55 BV) und der Radio- und Fernsehfreiheit (Art. 55bis BV). Während die Pressefreiheit auf die Printmedien zugeschnitten ist, konkretisiert die Radio- und Fernsehfreiheit die Meinungsfreiheit unter den Bedingungen der elektronischen Massenkommunikation. Art. 55bisBV ist als **institutionelle Garantie** formuliert, denn Schutzgegenstand ist die «unverfälschte Willens- und Meinungsbildung der Öffentlichkeit»²¹. Demgegenüber tritt der individualrechtliche Gehalt der Meinungsfreiheit in den Hintergrund: Dem einzelnen Veranstalter räumt Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG)²² lediglich eine Programmautonomie ein, die nur im Rahmen der allgemeinen Informationsgrundsätze von Art. 4 RTVG bzw. von Art. 55bis Abs. 2 BV gilt²³.

B. Die Wirtschaftsfreiheit

Widerpart des Prinzips Meinungsfreiheit ist bei der Interessenabwägung im Fall

¹⁸ Unter den weiteren Motiven, welche hinter den Werbebeschränkungen des RTVG und seiner Ausführungsbestimmungen stehen, ist vorab der Presseschutz zu nennen, der sich in quantitativen Limitationen äussert. Zum Schutz des Publikums vor unerwünschter Beeinflussung in sensiblen Bereichen der Meinungsbildung, hat der Gesetzgeber religiöse und politische Werbung vollständig verboten (Art. 18 Abs. 5 RTVG). Konsumenteninteressen schützen die in Art. 15 Abs. 1 RTVV enthaltenen Verbote unwahrer, irreführender, unlauterem Wettbewerb gleichkommender sowie unterschwelliger Werbung. Dem Jugendschutz dient das Verbot von Werbung, welche die natürliche Leichtgläubigkeit von Kindern oder den Mangel an Erfahrung von Jugendlichen ausnützt. Gesundheitspolitisch motiviert sind die Werbeverbote für bestimmte Produkte wie z.B. alkoholische Getränke, Tabak oder Heilmittel (Art. 18 Abs. 5 RTVG). Teilweise spiegelbildlich zu den Werbeverboten in sensiblen Bereichen besteht ein Verbot, Nachrichtensendungen oder Sendungen und Sendereihen zu sponsern, die mit der Ausübung politischer Rechte in Bund, Kantonen und Gemeinden zusammenhängen. Ferner ist es Unternehmungen, die Waren herstellen oder verkaufen oder Dienstleistungen erbringen, für die nicht geworben werden darf, verboten, als Sponsor aufzutreten (Art. 19 Abs. 5 RTVG).

¹⁹ Vgl. S. ENGELS, 1997: Der Trennungsgrundsatz in der dualen Rundfunkordnung, in: Rundfunk und Fernsehen 1997, S. 214-230 (229 f.); H.-J. AHRENS, 1995: Redaktionelle Werbung - Korruption im Journalismus, in: GRUR 1995, S. 307-318 (insbesondere 313-316); W. BOSMAN, 1990: Rundfunkrechtliche Aspekte der Trennung von Werbung und Programm, in: ZUM 12/1990, S. 545-556 (546, 553).

²⁰ BGE 96 I 586.

²¹ BGE 121 II 363.

²² SR 784.40.

²³ BGE 122 II 479. Diese Rechtsprechung entspricht der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 10 EMRK. Vgl. dazu C.B. GRABER, 1996: Rundfunkaufsicht am Scheideweg zwischen «Silicon Valley» und «Durcheinandertal», in: medialex 3/1996, S. 135-142 (140).

von Schleichwerbung im Rundfunk die Wirtschaftsfreiheit (als Prinzip). Diese wird in ihrem Proprium durch Art. 31 BV als Handels- und Gewerbefreiheit (HGF) gewährleistet²⁴. Ihr Schutzbereich umfasst das wirtschaftliche Handeln natürlicher oder juristischer Personen. Wirtschaftliches Handeln manifestiert sich überall dort, wo Waren oder Dienstleistungen zu Erwerbszwecken hergestellt, angeboten und ausgetauscht werden²⁵. Das Bundesgericht ordnet Rundfunkwerbung i.w.S. nicht der Meinungsfreiheit, sondern der HGF zu und unterscheidet damit zwischen ideeller und kommerzieller Natur einer Ausstrahlung²⁶. Gemäss Art. 11 Abs. 1 RTVV gilt als Werbung jede öffentliche Äusserung zur Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen, zur Unterstützung einer Sache oder Idee oder zur Erzielung einer anderen vom Werbetreibenden gewünschten Wirkung. Begriffsnotwendig ist, dass dem Werbetreibenden hierfür gegen Bezahlung oder eine ähnliche Gegenleistung Sendezeit zur Verfügung gestellt wird²⁷. Weil nicht nur Werbung, sondern - wie oben gesehen - auch Sponsoring einem kommerziellen Zweck dient, sind sie als wirtschaftliches Handeln zu qualifizieren. Der Praxis des Bundesgerichts ist deshalb zuzustimmen, und es ist die Rundfunkwerbung i.w.S. der HGF zu unterstellen.

Abweichend von der herrschenden Lehre²⁸ hat R. H. WEBER diese Bundesgerichtspraxis als «lebensfremd» kritisiert²⁹. Er schlägt stattdessen vor, die Rundfunkwerbung im Schutzbereich der Meinungsfreiheit zu situieren. Zur Begründung seiner Kritik führt er das Beispiel des Dokumentarfilms «Planet Erde» an, dessen Ausstrahlung am Fernsehen von IBM gesponsert worden sei. Hier könne «nicht sachlich entschieden» werden, «ob der ideelle oder der kommerzielle Aspekt überwiegt»³⁰. Mit dieser Argumentation verkennt WEBER jedoch, dass die von IBM bezahlte Leistung ja nicht der Dokumentarfilm ist, sondern die imagefördernde Wirkung, welche die Erwähnung des Sponsors im Kontext des Films erzeugt.

C. Wertrangordnung in der Verfassung?

Mit der Ausgestaltung von Art. 55bis BV

als institutionelle Garantie hat der Verfassungsgeber deutlich gemacht, dass er den Interessen der Öffentlichkeit auf unabhängige Meinungsbildung ein grosses Gewicht einräumt. Die technische und ökonomische Besonderheit der elektronischen Medien rechtfertigt es, dass demgegenüber die Interessen der Veranstalter als zweitrangig eingestuft werden³¹. Indem das Bundesgericht deren publizistische Interessen der Programmautonomie und Werbung i.w.S. der HGF zuordnet³², differenziert es zwischen ideellen und kommerziellen Meinungsäusserungen. Mit dieser Unterscheidung bringt es zum Ausdruck, dass die ideellen Interessen der Öffentlichkeit auf freie Meinungsbildung gegenüber den kommerziellen Interessen der Veranstalter auf Maximierung der Werbeeinnahmen grundsätzlich zu privilegieren sind.

3. Vorentscheidungen durch den Gesetzgeber

Der Gesetzgeber hat dieser verfassungsrechtlichen Wertrangordnung in mehreren Bestimmungen Rechnung getragen und damit weitgehend vorgezeichnet, wie bei der Auslegung des Begriffs

²⁴ Zu den weiteren Grundrechten, die neben der HGF zur Wirtschaftsfreiheit gezählt werden vgl. F. GYGI/P. RICHLI, 1997: Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. A., Bern 1997, S. 77.

²⁵ Vgl. J.P. MÜLLER, 1991: Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2. A., Bern 1991, S. 351.

²⁶ Vgl. BGE 118 Ib 362 (Camel-Trophy-Watch); ebenso die Botschaft zum Bundesgesetz über Radio- und Fernsehen vom 28. September 1987, BBl 1987 III 689, S. 722.

²⁷ Diese Definition orientiert sich an Art. 2 lit. f des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF), SR 0.784.405. Vgl. DÜRINGER, 1994 (FN 17), S. 6.

²⁸ Vgl. J. F. AUBERT, 1967: *Traité de droit constitutionnel suisse*, Vol. II, Neuchâtel 1967, S. 710 f.; L. DAVID, 1977: *Schweizerisches Werberecht*, Zürich 1977; J.P. MÜLLER, 1986: *Kommentar zur Meinungsfreiheit der Bundesverfassung*, N 8; R. RHINOW, 1988: *Kommentar zu Art. 31 Bundesverfassung*, N 84; L. SCHÜRMAN/P. NOBEL, *Medienrecht*, 2. A., Bern 1993, S. 338.

²⁹ Vgl. R. H. WEBER, 1993: *Rechtliche Grundlagen für Werbung und Sponsoring*, in: SMI 1993, S. 213-230 (214 f.).

³⁰ WEBER, a. a. O., S. 214.

³¹ Dazu ausführlich GRABER, 1996 (FN 23), insbesondere S. 140-142.

³² Vgl. BGE 118 Ib 362 (Camel-Trophy-Watch). Für den Anzeigenteil einer Zeitung vgl. BGE 100 Ia 453 (AWAG); 96 I 589 (Aleinick); hierzu grundlegend: H. HUBER, 1977: *Schutz der Werbung durch die Gewerbefreiheit oder durch die Pressefreiheit?*, in: SJZ 20/1977, S. 297-305. Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat im «Mikrowellen-Fall» unlängst entschieden, dass die Frage, ob eine Presseveröffentlichung eines Wissenschafters unzulässige Werbung i.S. des UWG sei, dann im Lichte von Art. 10 EMRK zu prüfen ist, wenn die Äusserungen ideeller Natur sind (Bericht der EKMR vom 9. April 1997 i.S. H.U.H. gegen die Schweiz, teilweise abgedruckt in: *medialex* 3/97, S. 158-159 mit Anmerkung von U. SAXER).

«Schleichwerbung» die Interessen zwischen den Prinzipien Meinungsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit abzuwägen sind.

In den Werbevorschriften des RTVG findet sich die entscheidende Weichenstellung zu Gunsten der Meinungsfreiheit, d.h. der unabhängigen Meinungsbildung des Publikums, in Art. 18 Abs. 1. Dort ist bestimmt, dass Werbung und Programm zu trennen sind und Werbung eindeutig erkennbar sein muss. Unschwer erkennt man in dieser Bestimmung das programmrechtliche **Transparenzgebot** wieder³³. Voraussetzung dafür, dass dem Publikum die Differenz zwischen Werbung und Programm transparent werden kann, ist, dass Werbung ausreichend als solche gekennzeichnet ist. Diesem **Trennungsgebot** verschafft Art. 12 Abs. 1 RTVV Nachachtung. Demnach ist Werbung durch ein besonderes akustisches oder optisches Erkennungssignal von den anderen Programmteilen zu trennen und sind Beginn und Ende klar zu kennzeichnen. Der Transparenz dient auch das «Blockprinzip» i.S.v. Art. 13 Abs. 1 Satz 2 des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF), wonach der Veranstalter die einzelnen Spots in Werbeblöcken zusammenzufassen hat³⁴. Art. 18 Abs. 2 Satz 2 RTVG will weiter vermeiden, dass Werbesendungen durch das Mitwirken von Personen, die ansonsten im redaktionel-

len Teil auftreten, eine erhöhte Glaubwürdigkeit verliehen wird³⁵. Im Lichte der Bestimmungen zu Transparenzgebot und Trennungsgebot wird deutlich, dass das in Art. 15 Abs. 2 RTVV fixierte **Verbot der Schleichwerbung** diese Grundsätze für den besonderen Fall konkretisiert, wo sich Werbung als Programm verkleidet. Solches kann auch in der Form von «Product Placement» geschehen und wäre z.B. dann der Fall, wenn sich die Protagonisten einer Soap Opera an einer Bar unterhalten, wo im Hintergrund ausschliesslich und deutlich Flaschen einer bestimmten Biermarke zu erkennen sind³⁶.

Häufig lässt sich Schleichwerbung nur schwer von Sponsoring unterscheiden³⁷. Hier ist es das primäre Anliegen des Publikums zu wissen, von wem die gesponserte Sendung finanziert worden ist. Art. 19 Abs. 2 RTVG verlangt deshalb, dass Sponsoren am Anfang und am Schluss der Sendung genannt werden. Die weitere Vorschrift, wonach auch allfällige Bedingungen zu nennen sind, welche die Sponsoren in bezug auf den Inhalt der Sendungen gestellt haben, steht in einem gewissen Widerspruch zu Art. 17 Abs. 2 EÜGF. Demnach dürfen Inhalt und Zeitplanung gesponserter Sendungen unter keinen Umständen durch den Sponsor so beeinflusst werden, dass die Verantwortung und die redaktionelle Unabhängigkeit des Veranstalters im Hinblick auf diese Sendungen beeinträchtigt werden³⁸. Der Widerspruch löst sich auf, wenn davon ausgegangen wird, dass die Bedingungen gem. Art. 19 Abs. 2 RTVG nur Nebensache betreffen dürfen, nicht aber solche, die für das publizistische Endprodukt prägend sind. Art. 19 Abs. 3 RTVG schliesslich verbietet, innerhalb der gesponserten Sendung für Produkte des Sponsors zu werben.

III. BAKOM und UBI: Verschaffen sie der verfassungsmässigen Privilegierung ideeller Meinungsäusserungen Nachachtung?

Der Rundfunkaufsicht obliegt es, darüber zu wachen, dass das Transparenz- und das Trennungsgebot eingehalten werden. In diese Aufgabe teilen sich das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM)³⁹ und die

- 33 Die UBI hat das Transparenzgebot aus Art. 4 Abs. 2 RTVG abgeleitet, wo bestimmt ist, dass Ansichten und Kommentare als solche erkennbar sein müssen. Vgl. UBIE in: VPB 59.68, S. 568 (Haschisch); UBIE in: VPB 59.14, S. 59 (Raser und Rassen).
- 34 So auch die Botschaft zum RTVG, BBl 1987 III 689, S. 722.
- 35 Strafbeschied des BAKOM vom 14. Mai 1997 i.S. HTV-Fernsehen AG, zusammengefasst in: medialex 4/97, S. 234; UBIE in: VPB 56.25, S. 196 f. (SRG-Anleihe); vgl. die spezielle Regelung für lokale und regionale Radioveranstalter in Art. 12 Abs. 3 RTVV.
- 36 Zur dogmatischen Einordnung von «Product Placement» vgl. auch WEBER, 1993 (FN 29), S. 225; M. DUMERMUTH, 1996: Rundfunkrecht, in: KOLLER/MÜLLER/RHINOW/ZIMMERLI (Hg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel 1996, Rz. 291 sowie R. VÖLKE, 1992: Product Placement aus der Sicht der Werbebranche und seine rechtliche Einordnung, in: ZUM 2/1992, S. 55-72; vgl. auch UBIE in: VPB 52.12, S. 58 (Après-Ski).
- 37 Vgl. F. HENNING-BODEWIG, 1997: Neuere Entwicklungen im Sponsoring, in: ZUM 8/9/1997, S. 633-642 (641).
- 38 Vgl. auch Art. 16 Abs. 2 RTVV sowie - anlässlich der parlamentarischen Beratung - die Voten von Ständerätin Jaggi und Bundesrat Ogi in: Amtl. Bull. 1990, S. 583 f.
- 39 Die Strafkompentenz gem. Art. 70 Abs. 2 lit. a RTVG hat das UVEK dem BAKOM durch die Verordnung über die Delegation der Strafbefugnisse bei Widerhandlungen gegen das Fernmeldegesetz und das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 15. Dez. 1997 (SR 783.05) übertragen.

UBI. Während das BAKOM dafür zu sorgen hat, dass die Werbevorschriften in finanzieller oder technischer Hinsicht eingehalten werden, fallen Fragen der freien Meinungs- und Willensbildung des Publikums in die Zuständigkeit der UBI⁴⁰. Weil sich diese Kompetenzbereiche faktisch häufig nicht klar trennen lassen, sind parallele Zuständigkeiten nicht ausgeschlossen. Entsprechend der Kompetenzaufteilung unterscheidet sich auch die Untersuchungsmethode der beiden Behörden beim Tatbestand der Schleichwerbung: Während das BAKOM primär ermittelt, ob Geld geflossen ist, versetzt sich die UBI in die Position des Publikums und prüft, ob dessen Möglichkeit, eine freie Meinung zu bilden, durch die Vermischung von Werbung und Programm beeinträchtigt worden ist.

A. Die allgemeine Aufsicht des BAKOM

1993 hat der Presserat des Schweizer Verbandes der Journalistinnen und Journalisten in acht Fällen festgestellt, dass verschiedene Lokalradios die Trennung zwischen redaktionellem Teil und Werbeteil unterlaufen⁴¹. Dieses Malaise führte er auf ein Ungenügen der allgemeinen Rundfunkaufsicht i.S.v. Art. 56 Abs. 1 RTVG zurück und rief das BAKOM dringend auf, «seine Aufsichtskompetenzen wahrzunehmen»⁴². Als wesentliche Ursache der Vermischung von Werbung und Information identifizierte er die finanziellen Probleme der Lokalradios, «die mit allen erlaubten (.) und unerlaubten und unjournalistischen Mitteln versuchen, Geld zu beschaffen»⁴³. Diese Aufforderung scheint in den Wind geredet worden zu sein, denn bis heute hat das BAKOM keine Aufsicht über die Werbepraktiken in Radio und Fernsehen gewährleisten können, die diesen Namen verdient. Das Amt hat am 1. Januar 1995 zwar begonnen, Vergehen gegen die Werbevorschriften des RTVG und seiner Ausführungsbestimmungen i.S.v. Art. 70 Abs. 2 lit. a RTVG zu verfolgen, aber bis Herbst 1997 hat es in Sachen Werbung und Sponsoring lediglich 15 Strafbescheide erlassen⁴⁴. Die mangelhafte Aufsicht ist z.T. auf eine personelle Unterdotierung zurückzuführen, stehen ihm gesamtschweizerisch nur vier Personen im Umfang von 20% ihres Beschäftigungsgrads zur Verfügung.

Die in *medialex* 4/97⁴⁵ zusammengefassten Strafbescheide bringen etwas vom Erfindungsreichtum zum Ausdruck, den Veranstalter entwickeln, um die Grenzen zwischen Werbung und Programm zu verwischen. Da informiert *Tele Bärn* im redaktionellen Teil über eine Ausstellung, wo Grossgaragen Probefahrten anböten, um unmittelbar anschliessend einen Werbespot ebendieser Garagen zu schalten. Oder es führt ein Moderator durch eine Reisesendung im Programm von *Hasli-TV* und preist in deren Rahmen auch noch Reisearrangements einzelner Reisebüros an. Im ersten Fall erkannte das BAKOM auf Verletzung des Transparenzgebots und des Trennungsgebots i.S.v. Art. 18 Abs. 1 RTVG, im zweiten stellte es eine Verletzung von Art. 18 Abs. 1 Satz 2 RTVG fest, wonach es ständigen Programmmitarbeitern des Veranstalters verboten ist, in seinen Werbesendungen mitzuwirken. Das BAKOM eignete sich hier gewissermassen die Methode der UBI an, indem es fragte, ob der Moderator **in den Augen des Publikums** eine derart häufige Programmpräsenz erreichte, dass er allein deshalb als ständiger Programmmitarbeiter des Veranstalters zu gelten habe⁴⁶. Es könnte allenfalls kritisiert werden, dass das BAKOM damit im Kompetenzbereich der UBI wilderte. Wie aber oben erwähnt, ist eine starre Kompetenzabgrenzung zwischen den beiden Behörden in vielen Fällen nicht möglich. In concreto wäre es auch nicht im Interesse der Meinungsfreiheit gewesen, wenn das BAKOM die Sache in diesem Punkt via Programmbeschwerde i.S.v. Art. 63 Abs. 2 RTVG der UBI zum Entscheid überwiesen hätte. Zudem sind die strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten des BAKOM eher geeignet, die Meinungsfreiheit des Publikums vor missbräuchlicher Werbung zu schützen, als jene der UBI, die sich auf die Feststellung einer Programmrechtsverletzung beschränken. In einem weiteren Fall wurde *Tele Züri* gebüsst, weil es, um Werbung zu plazieren, ein Nachrichtenmagazin in zwei Teile teilte, die sich lediglich durch den

⁴⁰ Vgl. BGE 118 Ib 360 f. (Camel-Trophy-Watch); 116 Ib 45 (Grell Pastell: Sex) und die zwischen UBI und UVEK/BAKOM gepflegte Kompetenzaufteilung (VPB 55.35, S. 320; 51.52, S. 311).

⁴¹ Vgl. Presserat, Stellungnahmen 1993, S. 13-32.

⁴² a.a.O., S. 31.

⁴³ a.a.O.

⁴⁴ Vgl. C.B. GRABER, 1997: Anmerkungen zu den Strafbescheiden des BAKOM vom 7. Mai 1997 i.S. *Tele Bärn AG*, vom 14. Mai 1997 i.S. *HTV-Fernsehen AG*, vom 14. Mai 1997 i.S. *Tele Züri AG* und vom 29. Mai 1997 i.S. *Radio X.*, in: *medialex* 4/97, S. 235.

⁴⁵ a.a.O., S. 233-235.

⁴⁶ Zur einschlägigen Praxis der UBI vgl. UBIE in: VPB 56.25, S. 196 f. (SRG-Anleihe).

Namen unterschieden, aber in demselben Dekor stattfanden und von derselben Person moderiert wurden. Dieses Vorgehen sanktionierte das BAKOM als Verletzung von Art. 18 Abs. 2 RTVG, der die Unterbrechung in sich geschlossener Sendungen verbietet.

Insgesamt ist festzustellen, dass das BAKOM in den wenigen Entscheiden, die vorliegen, das Transparenzgebot und das Trennungsgebot genügend streng interpretiert hat. Allerdings bleibt die verfassungsrechtliche Privilegierung der Meinungsfreiheit solange weitgehend toter Buchstabe, als - aus welchen Gründen immer - in den meisten Fällen erst gar kein Verfahren eröffnet wird. Unbefriedigend ist auch, dass das Amt seine Entscheide bisher nicht publizierte.

B. Die Programmaufsicht der UBI

Im Unterschied zum BAKOM, das seine allgemeine Aufsichtstätigkeit von Amtes wegen ausübt, ist die Programmaufsicht der UBI an die Voraussetzung einer formell zulässigen Beschwerde gebunden. Erstaunlich ist, dass nur sehr wenige der in den nunmehr 14 Jahren ihres Bestehens bei der UBI eingereichten Beschwerden Fragen der Werbung i.w.S. betrafen. Dies hängt vermutlich damit zusammen, dass die freie Meinungsbildung keine Lobby hat, die sie vor Kommerzialisierung schützt, und das Eidg. Departement Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) von der in Art. 63 Abs. 2 RTVG vorgesehen Behördenbeschwerde bisher noch nie Gebrauch gemacht hat.

Die einleitend erwähnte Auslegung des Begriffs «Schleichwerbung» durch die UBI im Entscheid «Verkehrsinformationen DRS/TCS» entspricht konstanter Praxis und findet sich bereits in «VCS Mit-

fahrzentrale», einem der ersten UBIE⁴⁷. Dort ging es um Aufrufe des VCS, auf gewissen Strecken des Strassennetzes behinderten Personen das Mitfahren im Auto zu ermöglichen. Die UBI stellte fest, dass die Erwähnung des VCS kein Verstoß gegen das Verbot von Schleichwerbung sei, da «im Vordergrund (.) offensichtlich die Dienstleistung an Behinderten und nicht die Hervorhebung des VCS» gestanden sei⁴⁸. Diese seither in sämtlichen Entscheiden zur Schleichwerbung wiederholte Praxis⁴⁹ wurde auch vom Bundesgericht übernommen. Demnach fällt «nicht jeder Werbeeffekt in einem Programmteil (.) unter das Werbeverbot; dieses wird erst tangiert, wenn die begleitende Werbewirkung durch den Informations- und Unterhaltungswert der Darstellung nicht mehr gedeckt ist»⁵⁰. Auf den Punkt gebracht bedeutet die Praxis von UBI und Bundesgericht, dass der Hinweis auf ein Produkt erst dann zur Schleichwerbung wird, wenn er innerhalb einer Informationssendung oder Unterhaltungssendung derart in den Vordergrund tritt, dass er zum Selbstzweck wird⁵¹.

Diese Praxis ist m.E. abzulehnen, weil sie bei der Auslegung des Begriffs «Schleichwerbung» die Prinzipien Meinungsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit falsch gewichtet. Sie missachtet die Privilegierung von ideellen gegenüber kommerziellen Werten, welche - wie oben (Pkt. II.2.C.) ausgeführt - die Verfassung im Bereich von Radio und Fernsehen fordert. Stattdessen ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Interessenabwägung mit Art. 18 Abs. 1 RTVG zu Gunsten der Meinungsfreiheit vorentschieden hat und der Programmteil einer Sendung von den Informationsgrundsätzen im Sinne von Art. 4 RTVG beherrscht ist⁵². Deshalb sind Äusserungen mit Werbeeffekt im Programm nur solange zulässig, als sie zur Erfüllung des Programmauftrags des Veranstalters **erforderlich** sind⁵³. Werden solche Werbeeffekte mit dem Massstab der Erforderlichkeit gemessen, so wird der freien Meinungsbildung des Publikums und damit dem Prinzip Meinungsfreiheit zum Durchbruch verholten. Auf der andern Seite bietet das Kriterium der Erforderlichkeit Gewähr, dass das Prinzip Wirtschaftsfreiheit nicht stärker einge-

47 UBIE in: VPB 48.73, S. 469 f.

48 a.a.O., S. 470.

49 UBIE in: VPB 49.13, S. 66 f. (EF Language College); UBIE in: VPB 50.81, S. 492 (HEKS); UBIE in: VPB 52.12, S. 58 f. (Après-Ski); UBIE in: VPB 55.35, S. 312 (Champagner Test); unveröffentlichter UBIE b.240 vom 5. Juni 1992 (Samschtig-Jass).

50 Unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 20. Dezember 1991 (Skikartell), E. 3b.

51 UBIE in: VPB 52.12, S. 58; vgl. auch DUMERMUTH, 1996 (FN 36), S. 123.

52 BGE 123 II 410 (Verein gegen Tierfabriken).

53 Vgl. BOSMANN, 1990 (FN 19), S. 551.

schränkt wird, als dies der Verhältnismässigkeitsgrundsatz erlaubt.

Weil der Programmauftrag vom Veranstalter Unterschiedliches verlangt, je nachdem, ob es sich um Informations- oder Unterhaltungssendungen handelt, ist die Voraussetzung der Erforderlichkeit unter Berücksichtigung des jeweiligen Programmtyps und der damit verbundenen besonderen Erwartungshaltung des Publikums zu konkretisieren: So ist z.B. in einer Informationssendung zu Konsumentenfragen ein redaktioneller Hinweis auf ein im Vergleichstest siegreiches Produkt erforderlich, wenn er nicht weggelassen werden kann, ohne damit dem Publikum eine erhebliche Information vorzuenthalten (**Weglass-Test**). In einer Unterhaltungssendung indessen dürfen Markenprodukte dann im Bild erscheinen, wenn sie als Requisiten zur Schaffung einer realistischen Atmosphäre erforderlich sind und gegenüber anderen Requisiten nicht besonders hervorgehoben werden. Zulässig ist es auch, wenn der Held eines Fernsehkrimis einen auffälligen Ferrari fährt, sofern der Wagen zur Kennzeichnung seiner Persönlichkeit notwendig ist. Allerdings wäre die Grenze zur unzulässigen Schleichwerbung dann überschritten, wenn in einem Fernsehspiel, das von einem Kommunikationskonzern gesponsert wird, die Protagonisten unmotiviert häufig mit «Handies» der vom Sponsor produzierten Marke herumtelefonieren.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass die UBI bei der Interessenabwägung im Entscheid «Verkehrsinformation DRS/TCS» der Meinungsfreiheit (als Prinzip) zu wenig Gewicht beigemessen hat. Indem sie prüfte, ob der Werbeeffect den Informationsgehalt der Mitteilungen nicht überwog, hat sie einen Massstab angelegt, der nicht genügend streng ist⁵⁴. Richtigerweise hätte sie fragen müssen, ob die Erwähnung von TCS oder ACS zur Erfüllung des Informationsauftrags erforderlich war. Zur Prüfung dieser Frage hätte sich der

Weglass-Test geeignet: Da der Hinweis auf TCS oder ACS gestrichen werden kann, ohne dass damit der Informationsstand des Publikums beeinträchtigt wird, besteht er diesen Test nicht. Im Unterschied etwa zu einer Literatursendung, wo es unabdingbar ist, den Autor eines besprochenen Buches zu nennen, ist dies für Verkehrsinformationen nicht der Fall. In concreto kommt hinzu, dass die Verkehrsinformationen in erster Linie von den kantonalen Polizeistellen (unter Mithilfe der Verkehrsteilnehmer) zusammengestellt werden. Weil der Beitrag der Verkehrsverbände gegenüber dieser Vorarbeit zweitrangig ist, sind sie nicht die Quelle der Information.

IV. Fazit

Die Analyse der Aufsichtstätigkeit von BAKOM und UBI im Bereich von Radio- und Fernsehwerbung i.w.S. hat Defizite sichtbar gemacht und gezeigt, dass den Anliegen der freien Meinungsbildung des Publikums zu wenig Beachtung geschenkt wird. Vom BAKOM ist deshalb zu fordern, dass es seine Aufsichtstätigkeit intensiviert und seine Entscheide auch publiziert. Letzteres würde einerseits zur Rechtssicherheit der Veranstalter beitragen und andererseits der Öffentlichkeit beweisen, dass die Werbeaufsicht auch tatsächlich ausgeübt wird. Ferner ist zu bemängeln, dass das UVEK seit Inkrafttreten des RTVG noch nie von der ihm mit Art. 63 Abs. 2 RTVG erteilten Legitimation zur Behördenbeschwerde Gebrauch gemacht hat. Der UBI (und dem Bundesgericht) ist zu empfehlen, in ihrer Praxis zur Schleichwerbung der verfassungsmässigen Privilegierung des Prinzips Meinungsfreiheit zum Durchbruch zu verhelfen. In diesem Sinne wären fortan Werbeeffecte im Programmteil von Radio- und Fernsehsendungen nur dann zu dulden, wenn sie publizistisch erforderlich sind. ■

⁵⁴ In concreto wäre ein strenger Massstab auch deshalb geboten gewesen, weil die SRG-Konzession in Art. 11 Abs. 1 Werbung im Radioprogramm der SRG generell verbietet.