



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für
Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK
Bundesamt für Kommunikation BAKOM

CH-2501 Biel, BAKOM

Einschreiben mit Rückschein

SRG SSR
Generaldirektion
Giacomettistr. 1
3000 Bern 31

Referenz/Aktenzeichen: 312.6/1000398136

Biel, 29. Februar 2016

Verfügung

des Bundesamtes für Kommunikation BAKOM

in Sachen

**Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft
Giacomettistr. 1
3000 Bern 31**

betreffend

Zulässigkeit von zielgruppenspezifischer Werbung der SRG

A Prozessgeschichte

Mit Schreiben vom 13. Juli 2015 meldete die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (nachfolgend: SRG) dem BAKOM gestützt auf Art. 29 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG, SR 784.40) eine geplante Kooperation im Bereich der Werbevermarktungsdienstleistungen zusammen mit der Swisscom AG (nachfolgend: Swisscom) und der Ringier AG (nachfolgend: Ringier) in Form eines Joint Venture. Die wichtigsten Eckpunkte dieser Zusammenarbeit sind in einer sogenannten Transaktionsvereinbarung festgelegt, die als Basis für detaillierte Vereinbarungen dient. Das Joint Venture bezweckt gemäss den vorliegenden Akten die gemeinsame Vermarktung von Werbeinventaren und die Erbringung von Dienstleistungen im Werbebereich mit Schwerpunkt in der Schweiz.

Die Partner begründen die Zusammenarbeit mit der Herausforderung, sich im Schweizer Vermarktungssektor gegenüber einer neuen internationalen, wirtschaftsmächtigen und teils branchenfremden Konkurrenz zu behaupten. Gemäss ihren Angaben soll die Kooperation für eine stärkere Marktposition mit besserer Reichweite, besserem Marktzugang, einem kanalübergreifenden Produkteangebot, operationellen Synergien sowie erhöhter Innovationskraft sorgen.

Die Partner bündeln gemäss eigenen Informationen ihre Vermarktungstätigkeiten, um interessierten Werbeauftraggebern aus einer Hand integrierte und individuelle Kommunikationslösungen über alle Medienkanäle anbieten zu können. Insbesondere möchten sie auch neue Werbemöglichkeiten und -technologien entwickeln und anbieten. Es geht namentlich um zielgruppenspezifische und interaktive Werbung sowohl im Fernsehen als auch im Online-Bereich, auf mobilen Applikationen (Apps) und auf mobilen Internetseiten.

Das BAKOM leitete nach ersten Abklärungen von Amtes wegen ein Verfahren ein, um die Relevanz der geplanten Beteiligung der SRG am Joint Venture mit Blick auf Art. 29 Abs. 2 RTVG zu prüfen.

Im Rahmen der Sachverhaltsermittlung zur Beteiligung der SRG am Joint Venture wurde ersichtlich, dass ein wichtiges zukünftiges Geschäftsfeld des Unternehmenszusammenschlusses im Bereich der Werbevermarktung die zielgruppenspezifische Werbung sein soll. Dabei sollen im linearen TV-Programm von meldepflichtigen und konzessionierten Veranstaltern, u.a. in den Programmen der SRG, zielgruppenspezifische Werbespots eingefügt, bzw. ausgetauscht werden. Die Vereinbarkeit von solcher Werbung mit den Vorgaben für die SRG im Bereich von Gesetz, Verordnung und Konzession wurde u.a. von diversen Intervenienten aus dem Medien- und Medienvermarktungsbereich, welche am Verfahren nach Art. 29 RTVG partizipieren wollten, in Frage gestellt.

Am 20. November 2015 reichte die SRG beim Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) eine Aktennotiz, erstellt am 17. November 2015, zur rechtlichen Beurteilung der zielgruppenspezifischen Fernsehwerbung ein. Zudem äusserte sie sich in verschiedenen Stellungnahmen zur Zulässigkeit der zielgruppenspezifischen Werbung (insbesondere in den Stellungnahmen vom 30. November 2015 im Verfahren nach Art. 29 RTVG).

Auf die Argumente wird in den Erwägungen eingegangen.

B Erwägungen

I Formelles

1 Vorbemerkungen

Das Verfahren nach Art. 29 RTVG ist ein Aufsichtsverfahren „sui generis“. In diesem Verfahren wird geprüft, ob durch die nicht konzessionierte Tätigkeit der SRG die Erfüllung des Programmauftrags beeinträchtigt oder der Entfaltungsspielraum anderer Medienunternehmen erheblich beschränkt wird. Das UVEK kann Auflagen erlassen oder die nicht konzessionierte Tätigkeit untersagen.

Nicht zum Geltungsbereich von Art. 29 RTVG gehören hingegen Fragestellungen, welche die rechtliche Zulässigkeit von Tätigkeiten der SRG vor dem Hintergrund von Gesetz, Verordnung und Konzession zum Gegenstand haben. Solche Bereiche fallen in die allgemeine Aufsichtskompetenz des BAKOM und werden im Verfahren nach Art. 86 ff. RTVG geklärt. Das bedeutet, dass selbst wenn das UVEK im Verfahren nach Art. 29 RTVG zum Schluss kommt, dass derzeit kein Anlass für eine Intervention besteht, dennoch Vorbehalte gegen gewisse Tätigkeiten der SRG bestehen können, wenn diese mit anderen Normen der Radio- und Fernsehgesetzgebung in Widerspruch stehen sollten. Hier hat das BAKOM von Amtes wegen die nötigen Abklärungen zu tätigen und gegebenenfalls aufsichtsrechtlich zu intervenieren.

Im Rahmen des Verfahrens nach Art. 29 RTVG (vgl. Verfügung des UVEK vom 29. Februar 2016 betreffend Prüfung der Beteiligung der SRG am Joint Venture) hat sich gezeigt, dass Klärungsbedarf in der Frage der Zulässigkeit der zielgruppenspezifischen Werbung besteht.

2 Zuständigkeit

Das BAKOM wacht darüber, dass das RTVG und die Ausführungsbestimmungen, die Konzessionen sowie die einschlägigen internationalen Übereinkommen eingehalten werden (Art. 86 Abs. 1 RTVG).

Die Rechtsfragen, welche in dieser Feststellungsverfügung behandelt werden, fallen in den Zuständigkeitsbereich des BAKOM.

3 Feststellungsinteresse

Feststellungsverfügungen einer Verwaltungsbehörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten können auf Gesuch hin oder von Amtes wegen ergehen (Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, VwVG). Das Instrument der Feststellungsverfügung bezweckt, den Betroffenen eine die Behörde verpflichtende Auskunft über ihre Rechtslage zu erteilen (Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich/Basel/Bern 2013, Rz 338).

Soll eine Feststellungsverfügung von Amtes wegen ergehen, so ist dafür ein spezifisches, dem schutzwürdigen Interesse einer gesuchstellenden Person analoges Interesse notwendig (BGE 137 II 199 E. 6.5.1). Feststellungsverfügungen von Amtes wegen haben meistens zum Zweck, eine Grundsatzfrage zu klären (Beatrice Weber-Dürler Art. 25 Rz 7, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008).

Vorliegend besteht für das BAKOM – insbesondere mit Blick auf die Beteiligung der SRG am Joint Venture – ein aktuelles Feststellungsinteresse an der Frage der Zulässigkeit von zielgruppenspezifischer Werbung in den Programmen der SRG. Wie sich aus den Akten des Verfahrens nach Art. 29 RTVG ergeben hat, ist zielgruppenspezifische Fernsehwerbung in den SRG-Programmen eine wichtige geplante Aktivität des Joint Venture. Über die Zulässigkeit dieser Werbeform, bzw. über die Voraussetzungen, welche für eine allfällige Möglichkeit von solcher Werbung im Rahmen der schweizerischen Radio- und Fernsehgesetzgebung gegeben sein müssen, gehen die Meinungen der involvierten und potenziell betroffenen Akteure auseinander.

Ohne eine verbindliche Feststellung des Bestandes, Nichtbestandes und insbesondere des Umfangs von Rechten und Pflichten mit Blick auf die zielgruppenspezifische Werbung in den SRG-Programmen besteht die Gefahr, dass die SRG oder die Behörde Massnahmen treffen, die der SRG im Ergebnis zum Nachteil gereichen, z.B. wenn die SRG bereits Investitionen tätigen würde und die Unzulässigkeit dieser Werbeform in einem späteren Aufsichtsverfahren festgestellt würde (vgl. zum sinngemäss anwendbaren „schutzwürdigen Interesse“ die bei Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 340 zitierten Gerichtsurteile).

Die Voraussetzungen für eine Feststellungsverfügung von Amtes wegen sind somit gegeben.

4 Rechtliches Gehör

Die Sachverhaltsermittlung, welche Grundlage für die aufsichtsrechtlichen Einschätzungen in dieser Verfügung ist, erfolgte gestützt auf die Meldung der SRG vom 13. Juli 2015 im Rahmen des Verfahrens nach Art. 29 RTVG. Die vorliegende Verfügung steht in einem engen Zusammenhang mit dem genannten Verfahren, erfolgt aber gestützt auf Art. 86 ff. RTVG. Es wird einzig auf Dokumente abgestellt, die dem BAKOM von der SRG eingereicht wurden und dieser somit bekannt sind.

Wie oben bereits erwähnt, äusserte sich die SRG mehrfach zur rechtlichen Beurteilung der zielgruppenspezifischen Fernsehwerbung, insbesondere in der dem UVEK zugestellten Aktennotiz vom 17. November 2015 sowie in verschiedenen Stellungnahmen im Verfahren nach Art. 29 RTVG.

Der Anspruch der SRG auf rechtliches Gehör ist somit gewahrt.

II Materielles

1 Sachverhalt

Das Joint Venture sieht vor, zielgruppenspezifische Werbung im Online-Bereich, auf mobilen Applikationen („Apps“), mobilen Webseiten und auch im linearen TV-Angebot der gemeldeten und der konzessionierten Fernsehgesellschaften, insb. der SRG, anzubieten. Gemäss den Ausführungen der SRG vom 16. Dezember 2015 soll die Joint Venture-Gesellschaft unter Mitwirkung der SRG und der Swisscom die Entwicklung der Technologie für die Ausspielung zielgruppenspezifischer Fernsehwerbung vorantreiben. Aus Nutzungs-, Nutzerdaten und Verhaltensdaten sollen sogenannte „Targeting-Insights“ erstellt werden, welche wiederum die Ausspielung an entsprechende Zielgruppen ermöglichen.

Aktuell plant die SRG, zunächst für die Kunden der IPTV-Plattform Swisscom TV neu zielgruppenspezifische Werbung in ihren Programmen auszustrahlen. In einem ersten Schritt soll gemäss SRG diesbezüglich segmentspezifische Werbung in einer Aufteilung nach wenigen Gruppen („Clusters“) erfolgen. Ein geografisches Zielgruppen-Cluster im Sinne einer lokalen oder regionalen Differenzierung des Targeted Advertising sei hingegen nicht geplant.

Es stellt sich die Frage, ob die rechtlichen Rahmenbedingungen der SRG derzeit erlauben, in ihren Fernsehprogrammen zielgruppenspezifische Werbung auszustrahlen bzw. ausstrahlen zu lassen.

2 Stellungnahme der SRG

Die SRG vertritt in ihrer Aktennotiz vom 17. November 2015 die Auffassung, dass es ihr „ohne weiteres“ möglich sei, in ihren Fernsehprogrammen zielgruppenspezifische Werbung zu machen.

Sie weist darauf hin, dass es weder auf landesrechtlicher noch auf internationaler Ebene Vorschriften gebe, die zielgerichtete Werbung untersagen würden. Aus Art. 16 des von der Schweiz ratifizierten Übereinkommens des Europarats über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF) leitet die SRG ab, dass „zielgerichtete Fernsehwerbung“ zulässig sei. Die Norm besage, dass Fernsehwerbung, die sich eigens an Zuschauer ausserhalb des Sendelandes richte, die im Zielland geltenden Vorschriften einzuhalten habe. Die SRG verweist auch auf die Schweizer Werbefenster von ausländischen Sendern.

Die SRG bestreitet eine Bewilligungspflicht für die Werbeform der zielgruppenspezifischen Fernsehwerbung. Sie beruft sich auf die Wirtschaftsfreiheit und verweist dabei auch auf die Praxis des Bundesgerichts (BGE 123 II 402, S. 409 f., bestätigt in BGE 1P. 772/2005, E. 1.2). Die SRG ist weiter der Auffassung, dass Werbung nicht Gegenstand der Konzessionierung von Programmen der SRG sei, dies obgleich Werbung nach den Legaldefinitionen des RTVG Teil des Programms darstelle. Das Gesetz unterscheide aber auch zwischen Werbung und Programm, Werbung werde nicht vom Programmauftrag erfasst und unterliege nicht der Programmaufsicht. Die SRG geniesse im Bereich der Fernsehwerbung Wirtschaftsfreiheit und brauche für diese Tätigkeit keine Konzession, sie betreibe hier eine nicht konzessionierte Tätigkeit. Mit dem Einfügen von zielgruppenspezifischen

Werbepots anstelle der im Originalsignal enthaltenen Werbespots werde am redaktionellen Programm nichts geändert. Somit würden auch keine neuen Programmangebote mit entsprechender Konzessionierungspflicht veranstaltet.

Die zielgerichtete Fernsehwerbung werde nicht vom Sender, sondern vom Weiterverbreiter mit Einverständnis des Senders aufgeschaltet. Der Sender verbreite einzig das Programm mit den originalen Werbeblöcken. Allein der Weiterverbreiter verfüge über die Technologie, das Signal der Fernsehprogramme mit den zielgruppenspezifischen Werbeblöcken aufzubereiten und der spezifischen Zielgruppe den „virtuellen“ Sender basierend auf der Angehörigkeit eines Haushalts zuzuführen. Diese Tätigkeit des Weiterverbreiters sei keine Programmveranstaltung und deshalb auch nicht meldepflichtig.

3 Rechtliche Beurteilung

3.1 Auslegung des Programmbegriffs nach RTVG

Ein Programm gemäss Art. 2 Bst. a RTVG ist eine „Folge von Sendungen, die kontinuierlich angeboten, zeitlich angesetzt und fernmeldetechnisch übertragen werden sowie für die Allgemeinheit bestimmt sind“. Eine Sendung kann eine redaktionelle Sendung (Art. 2 Bst. c RTVG: „Sendung, die nicht Werbung ist“) oder Werbung sein (Art. 2 Bst. k RTVG: „öffentliche Äusserung im Programm“).

Das RTVG kennt auch das Verkaufsprogramm, das ausschliesslich aus Werbeinhalten besteht (Art. 2 Bst. n RTVG). Auch Verkaufsprogramme gelten als Programme im Sinne des RTVG.

Art. 4 RTVG, welcher die „Mindestanforderungen an den Programminhalt“ regelt, unterscheidet zwischen Anforderungen, die für sämtliche Sendungen gelten (Abs. 1) und spezifischen Anforderungen, die ausschliesslich für redaktionelle Sendungen gelten (Abs. 2). In der Botschaft zum RTVG erläutert der Bundesrat, dass Art. 4 Abs. 1 RTVG nicht nur für den redaktionellen Bereich des Programms bedeutsam ist, sondern auch für den Werbeanteil (Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG] vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 1569, S. 1668, nachfolgend: Botschaft RTVG 2002). Es ist also unzweifelhaft, dass der schweizerische Gesetzgeber von einem integralen Programmbegriff ausgeht, der sowohl redaktionelle Sendungen als auch Werbung umfasst. Auch wenn nur der Werbeanteil verändert wird, entsteht folglich ein neues Programm.

Die SRG teilt im Übrigen die Ansicht, dass Werbung nach den Legaldefinitionen Teil des Programms darstellt, wenn auch mit Vorbehalten, die sich auf eine „besondere Stellung“ von Werbung beziehen (Aktennotiz vom 17. November 2015, S. 2).

3.2 Werbung als Gegenstand der Radio- und Fernsehkonzession

3.2.1 Programmveranstalter ist melde- oder konzessionspflichtig

Wer ein schweizerisches Programm veranstalten will, muss dies gemäss Art. 3 RTVG vorgängig dem BAKOM melden oder über eine Konzession nach RTVG verfügen. Wie soeben dargelegt, gelten redaktionelle und Werbesendungen als Programm (s.o. Ziff. 3.1). Es gibt keinerlei Anhaltspunkte, wonach der Begriff des Programms in Art. 3 RTVG

eine andere Bedeutung haben sollte und dass der Gesetzgeber Werbung von der Konzessions- und Meldepflicht ausgeklammert hätte. Die Konzessions- bzw. Meldepflicht gilt somit für Programme mit redaktionellen und Werbesendungen und für reine Werbeprogramme (Verkaufsprogramme).

3.2.2 Hohe publizistische Relevanz von Radio- und Fernsehwerbung

Nicht unter den Programmbegriff des RTVG fallen Angebote von geringer publizistischer Tragweite (Art. 1 Abs. 2 RTVG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 [RTVV, SR 784.401]). Die geringe publizistische Tragweite kann inhaltlich oder technisch begründet sein. Der inhaltliche Aspekt wird in Art. 1 Abs. 2 RTVV konkretisiert. Aus dem Geltungsbereich des RTVG fallen somit insbesondere redaktionell unbearbeitete Daten, die hinsichtlich der öffentlichen Meinungsbildung keine Relevanz haben (Botschaft RTVG 2002, S. 1662). Sobald aber Werbung oder Sponsoring ausgestrahlt wird, ist die publizistische Relevanz gegeben (Art. 1 Abs. 2 Bst. b RTVV).

Sobald ein Programm Werbung enthält, ist es also in jedem Falle vom Geltungsbereich des RTVG erfasst und es untersteht der Melde- oder Konzessionspflicht. Diese Haltung basiert auf der Erkenntnis, dass solche Inhalte ein beträchtliches Publikum ansprechen können und damit auch eine erhebliche Aufmerksamkeit der Werbewirtschaft finden (Botschaft RTVG 2002, S. 1662). Rundfunkwerbung hat in einem linearen Fernsehangebot, genauso wie redaktionelle Inhalte, ein medienpolitisch relevantes Beeinflussungspotential auf das Publikum. Sie lässt sich nicht auf ihren kommerziellen Zweck reduzieren, sie transportiert auch Ideen und Wertvorstellungen. Entsprechend ist die Legaldefinition in Art. 2 Bst. k RTVG weit gefasst, indem auch die Unterstützung einer „Sache oder Idee“ eines Dritten als Werbung gilt. Aus diesen Gründen umfasst die Meldepflicht nicht nur das redaktionelle Programm, sondern auch Werbesendungen. Selbst wenn ein Programm nur aus Werbung besteht, wie beispielsweise ein reiner Teleshopping-Kanal, untersteht es der Meldepflicht. Nichts anderes kann für die Konzessionspflicht gelten, die alternativ zur Meldepflicht besteht, wie die folgenden Ausführungen zeigen.

3.2.3 Konzession

Die Radio- und Fernsehkonzession ist unter anderem ein medienpolitisches Steuerungsinstrument. Sie dient der Sicherung öffentlicher und medienpolitischer Interessen, die durch die Konzessionäre zu erfüllen sind (Urs Saxer/Florian Brunner, Rundfunkrecht - das Recht von Radio und Fernsehen, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht 2015, N 7.40 f.). Die Steuerungsfunktion manifestiert sich primär in der Setzung von Leitplanken und der Konkretisierung des Leistungsauftrags nach Art. 93 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) durch die betreffenden Veranstalter. Im Zentrum steht zunächst die Festlegung der genauen Anzahl der Programme. Es ist aber der Konzessionsbehörde unbenommen, in der Veranstalterkonzession Auflagen und Präzisierungen zu verankern, die sich nicht direkt auf den Leistungsauftrag beziehen. So regelt eine Konzession beispielsweise nicht nur programmliche, sondern auch verbreitungstechnische Aspekte der Rundfunkveranstaltung. In der geltenden Konzession für die SRG SSR vom 28. November 2007 (BBI 2011 7969, 2012 9073, 2013 3291) sind wesentliche verbreitungstechnische Aspekte sowohl im 2. Abschnitt „Programme und Sendungen“ als auch im 3. Abschnitt „Verbreitung“ festgehalten. Dies belegt, dass Fragen der Verbreitung nicht auf ihre

technische Dimension reduziert werden können, sondern stets auch medienpolitische Bedeutung aufweisen (Martin Dumermuth, Rundfunkrecht, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], SBVR 1996, S. 59 f. Rz 140). Im Übrigen ist es, wie bei anderen Konzessionen, auch in der Radio- und Fernsehkonzession möglich, Nebenbestimmungen in Form von Auflagen vorzusehen, sofern sie die Voraussetzungen an Eingriffe in grundrechtsgeschützte Bereiche wahren, d. h. sie bedürfen einer formell-gesetzlichen Grundlage, sie müssen sich auf ein öffentliches Interesse stützen und verhältnismässig sein (Dumermuth, a. a. O., S. 60 Rz 141).

Die gleiche Argumentation gilt für die Werbevorschriften. Auch sie werden nicht vom verfassungsmässigen Leistungsauftrag erfasst. Wie oben erwähnt, ist Werbung jedoch von hoher publizistischer Relevanz. Die gesetzlichen Schranken in der Radio- und Fernsehwerbung dienen wichtigen öffentlichen und medienpolitischen Interessen, wie beispielsweise dem Schutz der unverfälschten Meinungsbildung des Publikums durch das Werbetrennungsgebot in Art. 9 RTVG oder der Erfüllung von gesundheits- oder staatspolitischen Zielen mit den Werbeverböten nach Art. 10 RTVG. Gerade bei der SRG besteht ein Interesse, den Schutz dieser Ziele weitest möglich zu garantieren, denn die SRG-Programme sollen als Ganzes hohen qualitativen und ethischen Anforderungen genügen und sich von kommerziellen Veranstaltern unterscheiden. Der Bundesrat soll über Instrumente verfügen können, damit er flexibel auf künftige Herausforderungen im dynamischen Mediensektor reagieren kann. Er soll deshalb auch im Werbebereich der SRG in ihrer Konzession Schranken setzen können, falls sie erforderlich werden.

3.2.4 Werbevorschriften in der SRG-Konzessionen

Folgerichtig kann der Bundesrat weitere Werberegeln in der SRG-Konzession festlegen und präzisieren. Er hat auch explizit in seiner Botschaft darauf verwiesen, dass er für Zusatzangebote der SRG Auflagen im Werbebereich vorsehen kann (Botschaft RTVG 2002, S. 1604) und dass er beabsichtigt, weitere asymmetrische (Werbe-)Regeln für die SRG unter anderem in der SRG-Konzession festzulegen (Botschaft RTVG 2002, S. 1628). Art. 14 RTVG bestimmt demnach, dass der Bundesrat die Werbung und das Sponsoring in den SRG-Programmen und im übrigen publizistischen Angebot ganz oder teilweise einschränken kann. Mit Art. 22 und 23 RTVV hat der Bundesrat von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht und umfangreiche Werbevorschriften spezifisch für die SRG erlassen, wobei er sich in Art. 23 Abs. Bst. c und d RTVV explizit die Möglichkeit vorbehält, die Einzelheiten der Werbung in Teletextdiensten in der Konzession zu regeln und bei Angeboten von nicht gewinnorientierten Dritten und Eigenwerbung Ausnahmen in der Konzession vorzusehen.

Der Bundesrat hat denn auch in der geltenden SRG-Konzession, wie übrigens schon in früheren SRG-Konzessionen, Werbevorschriften erlassen:

- In Art. 4 Abs. 2 der aktuellen SRG-Konzession untersagt der Bundesrat der SRG das Sponsoring von Regionaljournalen im Radio.
- Art. 5 Abs. 3 besagt, dass die SRG je ein deutsch-, französisch- und italienischsprachiges Programm mit laufend aktualisierten Informationen und Programmhinweisen ohne Werbung und Sponsoring über Internet verbreiten kann.

- In Art. 13 Abs. 6 und 7 der SRG-Konzession wird bezüglich des Online-Angebots der SRG festgehalten, dass die Kommerzialisierung von Links zu Online-Angeboten Dritter verboten ist und dass eigenständige Angebote, die Basiswissen zu einer Bildungssendung vermitteln, Werbung enthalten können und gesponsert werden dürfen.

Schliesslich finden sich Werbevorschriften auch in anderen Radio- und Fernsehkonzessionen. Alle durch das Departement erteilten Konzessionen der lokal-regionalen Radio- und Fernsehveranstalter mit Leistungsauftrag beinhalten Verbote von Werbung, die der Erfüllung des Leistungsauftrags diametral entgegensteht (z.B. Publikumsgewinnspiele, die ausschliesslich darauf ausgerichtet sind, Einnahmen zu generieren und kaum publizistischen Gehalt aufweisen).

3.2.5 Medienpolitische Folgen der Position der SRG

Würde der Ansicht der SRG gefolgt, dass die Werbung ausserhalb der SRG-Konzession stehe, hätte dies den geltenden Vorschriften zuwiderlaufende Folgen: Einerseits würden die konzessionsrechtlichen Werbevorschriften umgangen und andererseits würde für einen Teil des SRG-Programms die Verbreitungspflicht (must carry) nicht mehr gelten.

Die Programme der SRG sind im Rahmen der Konzession bekanntlich zugangsberechtigt, sowohl hinsichtlich der drahtlos-terrestrischen Verbreitung (Art. 53 Bst. a RTVG) als auch der Verbreitung über Leitungen (Art 59 Abs. 1 Bst. a RTVG). Stünde die Werbung nun ausserhalb der SRG-Konzession, hätte dies in Bezug auf die Verbreitung über Leitungen zur Folge, dass sich verbreitungspflichtige Fernmeldedienstanbieterinnen darauf berufen könnten, dass die Werbung, weil sie nicht von der Konzession erfasst ist, nicht verbreitet werden muss. Da die Verbreitung von must-carry-Programmen unentgeltlich ist (Art. 59 Abs. 3 RTVG), könnten die Fernmeldedienstanbieterinnen zudem die Verbreitungskosten für den Werbeteil in Rechnung stellen. In Bezug auf die drahtlos-terrestrische Verbreitung hätte dies zur Folge, dass die konzessionierten Radio- und Fernsehveranstalter künftig eine Funkkonzessionsgebühr auf dem nicht-konzessionierten Teil entrichten müssten. Gemäss Art. 39 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) wird heute keine Konzessionsgebühr für Funkkonzessionen zur Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen erhoben. Im Rahmen der am 26. September 2014 vom Parlament verabschiedeten RTVG-Teilrevision wurde Art. 39 Abs. 1 FMG geändert in dem Sinne, dass künftig nur noch die Verbreitung von konzessionierten Radio- und Fernsehprogrammen von der Konzessionsgebühr ausgenommen ist (vgl. BBI 2014 7345, S. 7363).

3.2.6 Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Der von der SRG in ihrer Argumentation vom 17. November 2015 hauptsächlich angeführte Entscheid BGE 123 II 402 betrifft einen privaten Verein, der ein Recht auf Ausstrahlung seines Werbespots bei der SRG geltend macht. Aus dem Entscheid ergibt sich sinngemäss, dass die SRG im Bereich der Werbung und des Sponsoring privatrechtlich und im Rahmen ihrer Wirtschaftsfreiheit handelt. Das Bundesgericht erläutert, dass die Werbung vom Programmauftrag der SRG nicht erfasst sei. Die SRG sei weder gestützt auf (den damals geltenden) Art. 55*bis* aBV, noch gestützt auf das RTVG oder die Konzession verpflichtet, von der Finanzierungsmöglichkeit der Werbung Gebrauch zu machen (BGE

123 II 410). Das Bundesgericht schliesst daraus sinngemäss, dass die SRG somit auch nicht verpflichtet ist, mittels Verfügung über die Ablehnung eines Werbespots zu entscheiden. Weder aus dieser Argumentation des Bundesgerichts noch aus den übrigen Erwägungen des Bundesgerichts lässt sich der Schluss ziehen, das Bundesgericht betrachte die Fernsehwerbung als nicht konzessionierte Tätigkeit der SRG. Im Gegenteil erwähnt das Bundesgericht an anderer Stelle die Möglichkeit, Werbevorschriften auch in Radio- und Fernsehkonzessionen vorzusehen. Das Bundesgericht erklärt, dass es nach (dem damals geltenden) Art. 2 Abs. 2 aRTVV möglich sei, in der Konzession Auflagen in Bezug auf die Finanzierung des Veranstalters zu machen und dass der Bundesrat im gegebenen Fall auf Auflagen bezüglich Fernsehwerbung verzichtet habe (BGE 123 II 411).

Zudem gilt es zu bedenken, dass sich die rechtlichen Grundlagen verändert haben. War zur Zeit des BGE 123 II 402 der Programmbegriff im RTVG nicht definiert und die Unabhängige Beschwerdeinstanz für die „Programmaufsicht“ zuständig (Art. 57 ff. des RTVG vom 21. Juni 1991, AS 1992 601), umfasst der Programmbegriff nach geltendem Recht ausdrücklich Werbung und redaktionelle Sendungen und ist die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) für die „Aufsicht über den Inhalt redaktioneller Sendungen“ zuständig (Art. 91 ff. RTVG).

3.3 Fazit

Mit der Teilnahme am Joint Venture plant die SRG, in ihrem linearen Fernsehangebot zielgruppenspezifische Werbung auszustrahlen. Hierbei soll eine Segmentierung des Publikums nach Zielgruppen erfolgen, denen individualisierte Werbung zugeführt werden soll.

Richtig ist, wie von der SRG in ihrer Stellungnahme vom 17. November 2015 vorgebracht, dass es keine landesrechtlichen Vorschriften zur Einschränkung von zielgruppenspezifischer Werbung gibt. Dennoch ist gestützt auf die vorstehenden Erwägungen eine Umsetzung dieser Werbepform in den Fernsehprogrammen der SRG derzeit aus folgenden Gründen rechtlich nicht zulässig:

Nach den Ausführungen in Ziff. 3.1 und 3.2 oben ist festzuhalten, dass die Werbung definitionsgemäss Bestandteil eines Fernsehprogramms nach der schweizerischen Radio- und Fernsehgesetzgebung ist. Fernsehwerbung ist von der Konzessionierungs- und Meldepflicht nach Art. 3 RTVG miterfasst. Die Folge daraus ist, dass der Austausch von Werbesendungen innerhalb eines Fernsehprogramms aus rechtlicher Sicht ein neues Programm entstehen lässt. Der Umstand, dass die redaktionellen Sendungen identisch mit dem Originalprogramm sind, spielt dabei keine Rolle. Ein neues lineares Fernsehangebot der SRG muss aber nach den obigen Ausführungen zwingend konzessioniert werden. Für die SRG gilt, dass die Anzahl und Art der SRG-Programme nach Art. 25 Abs. 3 Bst. a RTVG in der SRG-Konzession festzuhalten sind.

Sollte die SRG im Rahmen ihres Joint Venture mit Swisscom und Ringier die Basiswerbung in ihren Fernsehprogrammen mit zielgruppenspezifischer Werbung ersetzen, stellen diese abgeänderten Programme aus rechtlicher Sicht neue Fernsehprogramme dar. Die Erweiterung der Anzahl der Fernsehprogramme der SRG setzt aber regulatorische Anpassungen voraus.

Es steht hingegen der SRG frei, ein Gesuch um Anpassung ihrer Konzession zu stellen. Im Gesuch wäre darzulegen und anschliessend von der Konzessionsbehörde zu prüfen, inwieweit eine Konzessionierung von weiteren Programmen mit unterschiedlicher Werbung mit der Verbreitungspflicht (must carry) und den SRG-spezifischen Werbebestimmungen vereinbar wäre. Auch wären Einschränkungen, z.B. das Verbot regionaler Werbung, zu prüfen.

Diese rechtliche Situation gilt derzeit im Übrigen auch für die konzessionierten lokal-regionalen Veranstalter. Für meldepflichtige Veranstalter ist die Situation einfacher: Ändert ein solcher Veranstalter das Programm ab, indem er die Werbung austauscht, entsteht ein neues Programm, welches dem BAKOM lediglich gemeldet werden muss.

4 Kosten

Für den Erlass von Verfügungen werden Verwaltungsgebühren auferlegt (Art. 100 Abs. 1 Bst. b RTVG). Diese bemisst sich nach dem Zeitaufwand und es gilt ein Stundensatz von 210 Franken (Art. 78 Abs. 1 und 2 RTVV). Gemäss Art. 3 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGV, SR 172.041.1) kann auf die Gebührenerhebung verzichtet werden, wenn ein öffentliches Interesse an der Verfügung besteht. Dieses liegt hier vor, da es sich um einen Grundsatzentscheid handelt, der sich mit einer Rechtsfrage von allgemeinem Interesse auseinandersetzt.

Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Es ist festgestellt, dass der SRG die Ausstrahlung zielgruppenspezifischer Fernsehwerbung in ihren Programmen ohne Anpassung der rechtlichen Rahmenbedingungen nicht erlaubt ist.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Diese Verfügung wird der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft eingeschrieben mit Rückschein eröffnet.

Bundesamt für Kommunikation BAKOM

Philipp Metzger
Direktor

Rechtsmittel

Gegen diese Verfügung kann innerhalb von 30 Tagen ab Eröffnung schriftlich Beschwerde erhoben werden. Diese Frist steht still vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern; vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar. Die Beschwerde ist einzureichen an das

Bundesverwaltungsgericht
Postfach
9023 St. Gallen

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind der Beschwerde beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.