

Regulierung von audiovisuellen Abrufdiensten (Video On Demand) – Nur eine Frage des Nachvollzugs der neuen europäischen Richtlinie 2007/65/EG?

Prof. Dr. *Peter Hettich*, LL.M., Rechtsanwalt, St. Gallen/Zürich¹

I.	<i>Einleitung</i>	000
II.	<i>Neue technologische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Rahmenbedingungen</i>	000
III.	<i>Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum für Video On Demand</i>	000
	1. Ausgangspunkt: «Unregulierte» Abrufdienste	000
	2. Verfassungsauftrag zur Gewährleistung kommunikativer Grundversorgung ..	000
	3. Verfassungsauftrag zur Verwirklichung der Grundrechte	000
	4. Internationaler Marktzugang	000
IV.	<i>Anforderungen an eine Regulierung von Video On Demand</i>	000
	1. Notwendigkeit eines Bagatellbereichs	000
	2. Allgemeine inhaltliche Vorgaben	000
	3. Europäische Werke	000
	4. Werbung, Sponsoring und Produktplatzierung	000
	5. Grundversorgungsauftrag	000
V.	<i>Schlussfolgerungen</i>	000

I. Einleitung

Video On Demand erlaubt den individuellen Abruf audiovisueller Inhalte zu beliebigen Zeitpunkten. Der Konsument kann die Übertragung nach Wunsch unterbrechen und wieder aufnehmen. Die Flexibilität im Konsum verschafft Abrufdiensten gegenüber dem zeitlich angesetzten Fernsehen einen Wettbewerbsvorteil. Langfristig hat Video On Demand das Potential, das lineare Fernsehen als Leitmedium zu ersetzen oder in eine Nische zu drängen. Diese Nische ist aller Voraussicht nach in ländlichen Gegenden ohne Breitbandanschlüsse (die «Surflücke») oder im Bereich von Live-Übertragungen zu suchen. Selbst das Schweizer Fernsehen geht davon aus, dass der Anteil nichtlinearer Mediendienste bis 2016 von heute 10% auf 25% steigt. SF wird das Angebot in diesem Bereich kontinuierlich ausbauen, z.B. durch den Aufbau entsprechender Portale und eine Archivöffnung².

¹ Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Wirtschaftsrecht mit Berücksichtigung des Bau-, Planungs- und Umweltrechts an der Universität St. Gallen.

² *Walter Bachmann*, Schweizer Fernsehen On Demand, Präsentation vom 6. November 2008 anlässlich der Tagung «TV on Demand im Mittelpunkt der Überlegungen europäischer TV-Anbieter».

Die europäische Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste³ enthält einen Rechtsrahmen für audiovisuelle Inhalte, unabhängig davon, ob diese Inhalte in Form des klassischen linearen Fernsehens oder in Form des Abrufdienstes («On Demand»⁴) zur Verfügung gestellt werden. Die schon bestehenden Regulierungen des Internet werden dadurch ergänzt⁵. Die Substanz der Richtlinie wird voraussichtlich in ein revidiertes Europarats-Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF)⁶ bzw. grenzüberschreitende audiovisuelle Mediendienste (EÜAM)⁷ überführt.

Das erst am 24. März 2006 total revidierte Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) befasst sich nicht mit Abrufdiensten. Die innerstaatliche Umsetzung des EÜAM wird daher eine neuerliche, im Ansatz schon angekündigte Gesetzesrevision bedingen⁸. Im Gegensatz zur Europäischen Union rechnet der Bundesrat aber nicht damit, dass Abrufdienste mittelfristig eine signifikante Bedeutung einnehmen könnten⁹. Bedarf für «allfällige Gesetzesänderungen» sieht er vor allem im Bereich der Werbung¹⁰. Der Bundesrat wird damit dem Potential dieser neuen Medien nicht gerecht (Abschnitt II.). Es ist zu befürchten, dass die etablierten Regulierungsmodelle im Bereich Fernsehen nun einfach auf die Abrufdienste übertragen werden, obwohl sich der Gestaltungsanspruch des Gesetzgebers bei den Abrufdiensten anders darstellt (Abschnitt III.). Die bei Ratifikation des EÜAM anstehenden Umsetzungsarbeiten sollten aber als

³ Richtlinie 89/552/EWG vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), zuletzt geändert durch Richtlinie 2007/65/EG vom 11. Dezember 2007, ABl L 332 vom 18. Dezember 2007, S. 27 ff.

⁴ Für eine Definition vgl. Art. 1 lit. g RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; Art. 2 lit. i Entwurf Europarats-Übereinkommen über grenzüberschreitende audiovisuelle Mediendienste (EÜAM).

⁵ Z.B. RL 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 über den elektronischen Geschäftsverkehr, ABl L 178 vom 17. Juli 2000, S. 1 ff.

⁶ SR 0.784.405.

⁷ Provisional Agreement on the draft amendments to the ECTT, in: *Standing Committee on Trans-frontier Television*, Report of the 43rd Meeting, December 9, 2008, T-TT(2008)003.

⁸ *Bundesrat*, Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, BBl 2003 1569, S. 1624; BGer vom 20. Mai 2008, 2C_713/2007, Sat.1 (Schweiz) AG v. Bakom, E. 4.2.

⁹ *Bundesrat*, Botschaft RTVG, S. 1582, 1598; *Hanspeter Kellermüller*, Das neue RTVG und die Online-Medien, ZSR 125 I (2006), S. 357, 368 f.

¹⁰ *Bundesrat*, Botschaft RTVG, S. 1624; *Bundesrat*, Zusatzbotschaft zur Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Genehmigung des Abkommens über die Teilnahme der Schweiz am EG-Programm MEDIA für die Jahre 2007-2013 und über einen neuen Bundesbeschluss zur Finanzierung der Teilnahme; Änderung des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, BBl 2008 9105, S. 9114 ff.

Chance¹¹ genutzt werden, die Attraktivität des Standorts Schweiz für Medien-
dienste zu steigern (Abschnitt IV.).

II. Neue technologische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Rahmenbedingungen

Die Totalrevision des RTVG wurde durch «erhebliche technologische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungen» notwendig¹². Zu diesen Entwicklungen zählen die Digitalisierung der Medienlandschaft und die damit einhergehende Bildung alternativer Verbreitungsplattformen für Inhalte, allen voran das Internet. Die damit einhergehende Konvergenzbewegung¹³ im Medienbereich und die entsprechenden Umwälzungen für Produzenten, Sender, Werbetreibende und Konsumenten haben sich seit der Totalrevision weiter beschleunigt.

Die Knappheit an Frequenzen, lange Zeit zur Rechtfertigung der Sonderordnung im Bereich Radio und Fernsehen vorgeschoben¹⁴, ist definitiv überwunden. Mit dem nun eingeführten DVB-T Standard können im digitalen terrestrischen Rundfunk mehr Kanäle in einer höheren Qualität (HDTV) empfangen werden, als dies im analogen terrestrischen Netz je der Fall war. Im digitalen Basisangebot der Kabelnetzbetreiber sind heute je an die 100 TV- und Radiosender erhältlich. Mit Satellit übersteigen die verfügbaren Radio- und Fernsehse-
nder leicht die Grenze von 1000 Kanälen. Neben den klassischen Verbreitungsformen über Antenne, Kabel oder Satellit werden Radio und Fernsehen auch über Internet Protocol verbreitet (IPTV); als Übertragungsmedien dienen Telefonleitungen, Stromversorgungsnetze, Public Wireless LAN oder Mobilfunknetze. Angesichts dieser Vielzahl von Verbreitungsplattformen und des entsprechend grossen Angebots an audiovisuellen Inhalten sind nicht mehr die Frequenzen, sondern vielmehr die zur Verfügung stehende Aufmerksamkeit der Konsumenten knapp¹⁵.

¹¹ Schon die Totalrevision des RTVG hat sich als Zementierung des «Status quo» erwiesen; *Karl-Jascha Schneider-Marfels*, *Auslandsmedien: Heimatschutz oder Wettbewerb*, ZSR 125 I (2006), S. 339, 341.

¹² *Bundesrat*, *Botschaft RTVG*, S. 1571, 1574.

¹³ Zum Konvergenzbegriff statt vieler *Rolf H. Weber*, *Rundfunkrecht: Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG)*, Bern 2008, Einleitung, N 2.

¹⁴ *John W. Berresford*, *The Scarcity Rationale for Regulating Traditional Broadcasting: An Idea whose Time has Passed*, *Federal Communications Commission Media Bureau Staff Research Paper* (Hrsg.), Washington 2005, S. 1 ff.

¹⁵ *Herbert A. Simon*, *Designing Organizations for an Information-Rich World*, in: *Martin Greenberger* (Hrsg.), *Computers, Communication, and the Public Interest*, 1971, S. 40 f. Vgl. auch *Hanspeter Kellermüller*, *Staatliche Massnahmen gegen Medienkonzentration*, Zürich 2007, S. 101 f.

Eine rechtliche Sonderordnung für Radio und Fernsehen – geschweige denn für neue Formen elektronischer Massenmedien – kann auch nicht mehr mit den sich vom Printbereich unterscheidenden Markteigenschaften begründet werden. Das Internet schafft eine attraktive und kostengünstige Plattform für die Vermittlung von audiovisuellen Inhalten. Die Verbreitung von Inhalten über digitale Kabelkanäle ist ebenfalls keineswegs teuer. Die Produktion von audiovisuellen Inhalten in ansprechender Qualität ist schon mit einfachen Mitteln möglich, ebenso der Einkauf drittproduzierter Inhalte – zugegebenermassen – meist ausländischer Herkunft. Das Argument, es seien für Radio- und Fernsehprogramme ungleich höhere Mittel aufzuwenden als im Printbereich, lässt sich nicht pauschal halten. Im Gegenteil sind die Konzentrationsbewegungen bei Printmedien mit ihrer naturgegebenen Abhängigkeit von physischen Vertriebswegen weit stärker ausgeprägt¹⁶.

Fernsehsender und Zeitungsverlage stellen audiovisuelle Inhalte längst auf ihren Webseiten auf Abruf zur Verfügung (z.B. «Catch-up TV»)¹⁷. Mit der Erschliessung der Haushalte durch Glasfasernetze («Fiber To The Home», FTTH)¹⁸ werden die notwendigen Bandbreiten zur Verfügung stehen, um audiovisuelle Inhalte in einer hohen Qualität in die Haushalte zu liefern. Einige Telekommunikationsunternehmen werden 2009 ihren Kunden eine Bandbreite von 100 Mb/s zur Verfügung stellen, was neue Dienste wie (echtes) Video On Demand möglich machen soll¹⁹. Gemäss einer Studie wurden Ende Juli 2008 in 24 europäischen Ländern 338 Abrufdienste gezählt, während es Ende Dezember 2007 nur 258 waren. 35% des On-Demand-Angebots stammte von Fernsehunternehmen²⁰. Die neuen Abrufdienste vermitteln dem Konsumenten eine ungleich grössere Freiheit als das klassische, zeitlich angesetzte Fernsehen. Nur bei medialen Grossereignissen, wie etwa den Olympischen Spielen, drängt sich noch ein zeitgleicher Konsum von Inhalten durch alle Konsumenten auf («Live-Übertragungen»). Ansonsten sind keine Gründe ersichtlich, wieso sich der Konsument der zeitlichen Programmplanung eines Senders unterordnen sollte.

Das World Wide Web hat die Bedienung von Nischeninteressen und von gesellschaftlichen Minderheiten mit medialen Inhalten nicht nur erleichtert, son-

¹⁶ *Edi Kradolfer*, Pressevielfalt Schweiz, ein Überblick, Bundesamt für Statistik (Hrsg.), Neuchâtel 2007, S. 8 ff. Eindrücklich dazu auch die Erwägungen des US Supreme Court in *Miami Herald Publ'g Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241, 249 ff (1974).

¹⁷ Z.B. www.sf.tv, www.ardmediathek.de, www.zdf.de/ZDFmediathek.

¹⁸ *Schweizerische Kommunikationskommission*, Glasfasernetze bis in die Haushalte – dritter Runder Tisch: Medienmitteilung vom 1. Mai 2009, verfügbar auf <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/de/26690>.

¹⁹ *Cablecom*, Medienmitteilung vom 26. August 2008, verfügbar auf http://www.cablecom.ch/080826_MM_cablecom_Roadmap.pdf.

²⁰ *Bundesamt für Kommunikation* (Bakom), Medienmitteilung vom 7. November 2008, verfügbar auf <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00471/index.html?lang=de&msg-id=22652>. Zur Marktentwicklung *Arthur D. Little* (Hrsg.), *Reviving the fixed line*, Paris 2009, S. 42 ff.

dern auch profitabel gemacht²¹. Selbst der einst passive Konsument produziert und verbreitet heute – als neue Erscheinungsform des Prosumenten²² – mediale Inhalte über Twitter, Blogs, YouTube, Facebook, MySpace, eigene Homepage etc. Durch seine Bereitschaft zur Suche dieser Inhalte auf den diversen Verbreitungs-Plattformen fördert er das Angebot an audiovisuellen Inhalten²³. Die über das World Wide Web angebotenen Dienste sind für Jugendliche («Digital Natives»²⁴) längst die zentralen Kommunikationsmedien geworden. Im audiovisuellen Bereich haben die «alten» Medien ihre Rolle – wahrscheinlich auch mangels qualitativ hoch stehender, jugendrelevanter Fernsehangebote im Internet – vorerst halten können²⁵. Sobald aber audiovisuelle Inhalte in einen interaktiven oder kommunikativen Hintergrund eingebettet sind (z.B. Links von sozialen Netzwerken wie StudiVZ auf Video-Plattformen wie YouTube), steht das World Wide Web mit seinen vorwiegend auf Abruf verfügbaren Inhalten als Verbreitungsmedium im Vordergrund.

Die strukturellen Voraussetzungen für einen pluralistischen Markt im Bereich der Abrufdienste sind gegeben. Abrufdienste haben das Potential, den Markt für audiovisuelle Inhalte zu verändern und das klassische Fernsehen als bisher führendes Massenmedium abzulösen. Die sich daraus ergebenden Regulierungsfragen sind durch das Recht unter Rückgriff auf die im Bereich der audiovisuellen Medien verorteten, öffentlichen Interessen zu beantworten. Der Gesetzgeber hat sich dazu zu äussern, ob mediale Inhalte von Zeitungen, Fernsehsendern und Abrufdiensten angesichts der gemeinsamen Präsenz auf dem Internet unterschiedlich behandelt werden sollen und dürfen (Frage der Einheitlichkeit inhaltlicher Vorgaben, Frage der Technologieneutralität der Regulierung). Des Weiteren muss sich der Gesetzgeber darüber klar werden, wie er die

²¹ Chris Anderson, *The Long Tail: How endless choice is creating unlimited demand*, London 2006, S. 1 ff.

²² Zum Begriff Alvin Toffler, *The Third Wave*, Toronto 1981, S. 266 f., 275, 276.

²³ Henry Jenkins, *Convergence Culture: Where old and new Media Collide*, New York 2006, S. 2 f.; Europäische Kommission, Entwurf einer Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, (4. November 2008), N 5, verfügbar auf http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/broadcasting_communication_de.pdf.

²⁴ John Palfrey/Urs Gasser, *Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives*, New York 2008, passim; Marc Prensky, *Digital Natives, Digital Immigrants*, in: *On the Horizon* 9 (2001), verfügbar auf http://pre2005.flexiblelearning.net.au/projects/resources/Digital_Natives_Digital_Immigrants.pdf.

²⁵ Bernd Schorb et al., *Medienkonvergenz Monitoring Report 2008: Jugendliche in konvergierenden Medienwelten*, Leipzig 2008, S. 11 ff., 17 f., verfügbar auf http://www.uni-leipzig.de/~umfmed/Medienkonvergenz_Monitoring_Report08.pdf. Die zunehmende Internetnutzung zulasten des Fernsehen vor allem bei jungen Konsumenten wird auch durch eine Studie der *European Interactive Advertising Association* (EIAA) bestätigt, verfügbar auf http://www.eiaa.net/ftp/casestudiesppt/eiaa_mediascope_europe_2007_pan_european_executive_summary.pdf.

kommunikative Grundversorgung in Zeiten konvergenter Medien und eines Überflusses an audiovisuellen Angeboten zu gewährleisten beabsichtigt.

III. Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum für Video On Demand

1. Ausgangspunkt: «Unregulierte» Abrufdienste

Das RTVG regelt die Veranstaltung, die Aufbereitung, die Übertragung und den Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen²⁶. Als Programm gilt eine Folge von Sendungen, die kontinuierlich angeboten, zeitlich angesetzt und fernmelde-technisch übertragen werden sowie für die Allgemeinheit bestimmt sind²⁷. Aufgrund des Kriteriums der zeitlichen Ansetzung orientiert sich der Gesetzgeber am klassischen linearen Programm; das RTVG enthält damit keine umfassende Regulierung audiovisueller Inhalte. Obwohl ebenfalls «fernmeldetechnisch übertragen», bleiben audiovisuelle Inhalte im Internet heute weitgehend unreguliert, da sie in der Regel nicht «zeitlich angesetzt» ausgestrahlt werden. Die Inhalte werden vielmehr durch den Konsumenten abgerufen (z.B. als Pay Per View oder Download To Own). Die parallele, zeitversetzte Ausstrahlung von Inhalten («Near Video On Demand») würde dagegen vom RTVG erfasst²⁸. Konkret von der Regulierung ausgenommen sind damit Inhalte-Plattformen wie YouTube oder MyVideo, welche keine linearen Programme anbieten. Weiter fallen audiovisuelle Inhalte der Printmedien im Internet (Spiegel TV Online, Cash Video), wie auch von den Fernsehsendern zum Download angebotene Sendungen nicht unter das RTVG. Die inhaltlichen Grenzen für diese Abrufdienste ergeben sich – wie bei den Printmedien – lediglich aus dem allgemeinen Strafrecht bzw. dem Persönlichkeitsrecht; es ist also keineswegs so, dass diese Medien heute nur unreguliert oder selbstreguliert wären.

Für die Programmveranstalter ergeben sich aus der Qualifizierung eines Programms als «zeitlich angesetzt» beachtliche Konsequenzen. Das Streaming eines Fernsehprogramms – übertragungstechnisch das Internet-Äquivalent zum Rundfunk – wird vom RTVG erfasst, das Angebot desselben Programms zum Download oder zum individuellen Abruf dagegen nicht. Für potenziell gleiche Inhalte gelten damit unterschiedliche inhaltliche Anforderungen und unterschiedliche Vorschriften betreffend Werbung. Dabei lässt sich feststellen, dass das für lineare Programme kennzeichnende Kriterium der zeitlichen Ansetzung für den Konsumenten eher an Relevanz verliert. Der Konsument verfügt heute in der Regel über die Möglichkeit, nach Bedarf mehrere Sendungen parallel

²⁶ Art. 1 RTVG.

²⁷ Art. 2 lit. a RTVG.

²⁸ Bundesrat, Botschaft RTVG, S. 1663.

aufzuzeichnen und diese – mit oder ohne Werbung – zeitversetzt zur Aufzeichnung abzuspielen.

2. Verfassungsauftrag zur Gewährleistung kommunikativer Grundversorgung

Art. 93 Abs. 1 BV verleiht dem Bund umfassende Kompetenzen im Bereich der elektronischen Massenmedien («Radio und Fernsehen sowie andere Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen»)²⁹. Eine grammatikalische Auslegung («ist Sache des Bundes») legt prima facie die Annahme weiter Gestaltungsspielräume – auch im Bereich der Abrufdienste – nahe. Die inhaltliche Tragweite der durch Absatz 1 vorgenommenen Kompetenzzuweisung wurde bisher kaum erörtert. Die Bestimmung wird in der Regel im Zusammenhang mit dem Leistungsauftrag (Absatz 2) und der Gewährleistung der Unabhängigkeit und Autonomie der Programmveranstalter (Absatz 3) gelesen und im Lichte der Wirtschaftsfreiheit und der Medienfreiheit ausgelegt³⁰. Sowohl der Leistungsauftrag nach Absatz 2 als auch die Programmautonomie nach Absatz 3 richten sich vom Wortlaut her aber ausschliesslich an Radio und Fernsehen³¹. Für die Abrufdienste als eine der «andere[n] Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen» ist daher vordringlich zu erörtern, ob der Kompetenznorm des Absatz 1 im Bereich der Abrufdienste nicht ein anderer Gehalt als im Bereich von Radio und Fernsehen zuzumessen ist.

Wohl auf sicherem Grund bewegt sich der Bundesgesetzgeber, wenn er gestützt auf Art. 93 Abs. 1 BV auch bei den «anderen Formen» elektronischer Massenmedien die üblichen polizeilichen und sozialpolitischen Ziele verfolgt. Im Bereich der Massenmedien zu erwähnen sind einerseits der hier nicht weiter behandelte zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, andererseits die klassisch polizeilichen Ziele des Jugendschutzes (z.B. der Schutz vor pornographischen Sendungen) und des Konsumentenschutzes (z.B. der Schutz vor Schleichwerbung). Hinsichtlich des Konsumentenschutzes ist daran zu erinnern, dass sich der Gesetzgeber an einem mündigen Konsumenten auszurichten hat, welcher grund-

²⁹ Bundesrat, Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, S. 273; Peter Nobel/Rolf H. Weber, Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007, S. 101.

³⁰ So auch Bundesrat, Botschaft BV, S. 273; Jörg Paul Müller/Franziska Grob, Kommentar zu Art. 55^{bis} aBV (Stand Mai 1995), in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel 1987, N 18 ff.

³¹ Nobel/Weber, Medienrecht, S. 102; BGer vom 30. April 2001, 2A.15/2001, TV3 AG v. Bakom, E. 3a («richtet ... sich in erster Linie an den Gesetzgeber und das Radio- und Fernsehsystem als Ganzes»).

sätzlich in der Lage ist, seine Interessen selbst zu erkennen und wahrzunehmen³².

Der Leistungsauftrag für Radio und Fernsehen wird heute nicht mehr mit dem Bedürfnis nach Verteilung der knappen Programmplätze im Sinne der Verfassungsziele – namentlich der Vielfalt – begründet³³. Im Gegenteil wird angeführt, dass der heute aufgrund einer Vielzahl an Programmplätzen an sich mögliche ökonomische Wettbewerb «die für eine kulturelle Vielfalt und einen lebendigen politischen Diskurs erforderliche publizistische Konkurrenz» nicht ermöglicht³⁴. Insbesondere wird hinsichtlich der demokratischen Funktionen der Medien betont, dass Programmanbieter den Minderheiten und den Vertretern wenig attraktiver Meinungen den Zugang zu massenwirksamen Kanälen kaum ermöglichen würden³⁵. Dagegen würden vor allem Masseninteressen bedient, welche mutmasslich die vom Fernsehen erwarteten sozialisierenden Wirkungen nicht erfüllen. Hinzu tritt das Argument, dass eine Binnenvielfalt an Veranstaltern notwendig mit einer Schwächung der SRG einhergehen müsse, was deren Wettbewerbsfähigkeit auf europäischem Niveau und damit die Produktion und Ausstrahlung spezifisch schweizerischer Programme gefährde³⁶. Es geht in Anlehnung an LUHMANN darum, dass die von den Massenmedien geschaffene «Hintergrundrealität» bzw. das die Kommunikation erleichternde, gemeinsame gesellschaftliche «Gedächtnis» in einen staatlich regulierten, und demnach als «korrekt» anzusehenden, Rahmen eingebettet wird³⁷. Art. 93 Abs. 2 BV soll den obgenannten Wirkungen entgegenwirken. Der Staat wird so zum

³² Kellermüller, Online-Medien, S. 383 f. (mit einer diesbezüglichen Kritik an der Praxis des Bakom); Klaus A. Vallender/Peter Hettich/Jens Lehne, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Aufl., Bern 2006, S. 502. BGE 132 II 290, 292, SRG v. UBI; BGE 98 Ia 73, 80, Kellermüller v. Zürich, Kantonsrat.

³³ Vgl. oben, Abschnitt II; Berresford, Scarcity Rationale, S. 1 ff.; Kellermüller, Online-Medien, S. 365 f.

³⁴ Martin Dumermuth, Rundfunkrecht, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Informations- und Kommunikationsrecht, Basel 1996, S. 14.

³⁵ Das Argument ist kontraintuitiv. Es erscheint zwar ohne weiteres plausibel, dass wirtschaftlicher Wettbewerb unter Mediendiensten kaum hinreichend ist zur Begründung des (verfassungsrechtlich angestrebten) publizistischen Wettbewerbs (Zur Unterscheidung Rolf H. Weber, Vom Monopol zum Wettbewerb, Zürich 1994, S. 207 ff.). Eine polypolistische Veranstalterstruktur vervielfacht jedoch zwangsläufig die gesamthaft zur Verfügung stehende Sendezeit gegenüber einer monopolistischen oder oligopolistischen Marktstruktur und erhöht die Chancen der Minderheitsmeinungen auf Ausstrahlung. Dies freilich unter der Annahme, dass die Veranstalter nicht in einer Art Parallelverhalten alle dasselbe (mutmasslich massentaugliche) Programm ausstrahlen. Schon die Bildung von Spartenkanälen deutet aber darauf hin, dass der Markt auch eher exotische Interessen abdecken kann; Peter Hettich, YouTube To Be Regulated? The FCC Sits Tight, While European Broadcast Regulators Make The Grab for the Internet, St. John's Law Review 82 (2008), S. 1447, 1497, Fn. 303.

³⁶ Bundesrat, Botschaft RTVG, S. 1574; Andreas Meili, Gründe und Scheingründe für eine Sonderregelung des Rundfunks: Der Weg zum neuen RTVG aus Sicht des Gesamtmediensystems, ZSR 125 I (2006), S. 263, 264 ff.

³⁷ Niklas Luhmann, Die Realität der Massenmedien, 2. Aufl., Opladen 1996, S. 119 ff.

Gewährleister einer publizistischen Grundversorgung. Diese Grundversorgung besteht darin, dass «Radio und Fernsehen ... zur Bildung und kulturellen Entfaltung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung bei[tragen]. Sie berücksichtigen die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone. Sie stellen die Ereignisse sachgerecht dar und bringen die Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck.» Wie der Gesetzgeber die publizistische Grundversorgung gewährleistet, ist von der Verfassung nicht vorgegeben³⁸. Das RTVG und die darauf gestützten Veranstalterkonzessionen, wie auch die Mediengesetze vieler anderer europäischer Staaten, konkretisieren den verfassungsrechtlichen Programmauftrag kaum weiter³⁹. Es bleibt den durch den Leistungsauftrag verpflichteten Veranstaltern überlassen, wie sie die genannten Ziele erreichen.

Aufgrund der offenen Formulierung des Art. 93 Abs. 1 BV argumentiert ein Teil der Lehre, dass die Kompetenznorm auch den in Absatz 2 formulierten Leistungsauftrag mit umfasse. Danach hätte der Verfassungsgeber den Leistungsauftrag im Bereich Radio und Fernsehen verbindlich vorgeschrieben, würde dem Gesetzgeber aber im Bereich der anderen elektronischen Massenmedien freie Hand lassen⁴⁰. Verwiesen wird dabei in der Regel auf fernsehnähe Dienste wie den Teletext⁴¹. Sowohl der Bundesrat als auch die parlamentarischen Voten sehen den Leistungsauftrag jedoch auf den engen Bereich von Radio und Fernsehen beschränkt⁴². Die differenzierte Wortwahl des Art. 55^{bis} aBV wurde auch – trotz zunehmender Bedeutung des Internets – in Art. 93 der neuen

³⁸ *Martin Dumermuth*, Die Revision des Radio- und Fernsehgesetzes und das duale System, ZSR 125 I (2006), S. 229, 232. Vorgegeben ist freilich, dass der Staat die Grundversorgung nicht selbst erbringen darf; *Jörg Paul Müller/Markus Schefer*, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 491 f.

³⁹ Art. 24 Abs. 1 RTVG; beispielhaft etwa § 13 Abs. 1 Hessisches Privatrundfunkgesetz, zuletzt geändert durch G vom 5. Juni 2007 (GVBl. I., S. 294 ff.): «Für alle Rundfunkprogramme gilt die verfassungsmäßige Ordnung. Die Programme haben die Würde des Menschen sowie die sittlichen, religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen anderer zu achten. Sie sollen die Zusammengehörigkeit im vereinten Deutschland und die internationale Verständigung fördern, zur sozialen Integration ausländischer Mitbürgerinnen und Mitbürger, zur Verwirklichung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern, zum Schutz von ethnischen, kulturellen und sprachlichen Minderheiten sowie zur Achtung und zum Schutz der Umwelt beitragen.»

⁴⁰ *Giovanni Biaggini*, BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Kommentar zu Art. 93, N 11.

⁴¹ *Müller/Grob*, Kommentar zu Art. 55^{bis} aBV, N 34; *Jean-François Aubert/Pascal Mahon*, Petit commentaire, Zürich 2003, Art. 93 N 7 («Actuellement, l'expression s'applique au Télétex, peut-être à l'Internet.»). Für die Möglichkeit der Ausdehnung des Leistungsauftrags, «soweit sich von der Sache her keine Differenzierungen aufdrängen», auch *Dumermuth*, Rundfunkrecht, S. 19 f.

⁴² *Bundesrat*, Botschaft vom 1. Juni 1981 über den Radio- und Fernsehartikel, BBl 1981 II 885, S. 941 und 944 ff.; Amtl. Bull. S 1983 43, 49, 51 (Voten Hefti [Berichterstatter], BR Schlumpf); Amtl. Bull. N 1983 1337 f. (Voten Koller [Berichterstatter], Coutau).

BV bestätigt⁴³. Wie noch näher zu erläutern sein wird, geben die Abrufdienste – im Gegensatz zu den klassischen elektronischen Massenmedien Radio und Fernsehen – dem Konsumenten und damit auch gesellschaftlichen Minderheiten weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten in die Hand, welche staatliche verordnete Leistungsaufträge wesensfremd erscheinen lassen. Nach der hier vertretenen Auffassung hat der Verfassungsgeber durch den spezifisch an Radio und Fernsehen gerichteten Leistungsauftrag also eine Differenzierung zu anderen Formen elektronischer Massenmedien schaffen wollen. Als Konsequenz sind die durch Art. 93 Abs. 1 BV vermittelten Befugnisse primär durch eine Abgrenzung von Art. 93 Abs. 2 BV zu bestimmen. Das Verfolgen der in Abs. 2 niedergelegten Eingriffsmotive ist dem Gesetzgeber im Bereich anderer Formen elektronischer Massenkommunikation daher untersagt⁴⁴.

3. Verfassungsauftrag zur Verwirklichung der Grundrechte

Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 i.V.m. 94 BV), die Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) sowie die Medienfreiheit (Art. 17 BV) bilden im Bereich der audiovisuellen Medien Leitgesichtspunkte zur Konkretisierung der kommunikativen Grundversorgung.

Im Bereich der elektronischen Massenmedien wird der Wirtschaftsfreiheit aufgrund der weitreichenden Kompetenz des Bundes nur beschränkte Leitfunktion zugemessen. Die Verfassung schreibt ein reines Wettbewerbssystem nicht vor bzw. drängt zu einem Abweichen von Marktprinzipien, wenn dies zur Sicherung der publizistischen Grundversorgung mit Radio- und Fernsehprogrammen notwendig scheint. Die Abweichungskompetenz macht die Wirtschaftsfreiheit nicht bedeutungslos⁴⁵. Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit audiovisueller Mediendienste sind an den Voraussetzungen von Art. 36 BV zu messen⁴⁶. Eingriffe in den Wettbewerb (Art. 94 Abs. 4 BV) sind sodann nur zulässig, wenn die Erfüllung des Verfassungsauftrags nicht anders möglich ist⁴⁷. Die Medienfreiheit berührt sodann auch wirtschaftliche Aspekte der Veranstalter und trägt zur Verwirklichung wesentlicher Teilgehalte der Wirtschaftsfreiheit bei. In diesem Sinne gewährleisten sowohl die Wirtschaftsfreiheit als auch die Medienfreiheit das Recht der Medienschaffenden auf möglichst ungehinderten, chancenglei-

⁴³ Bundesrat, Botschaft BV, S. 273.

⁴⁴ Gl.M. Denis Barrelet, *Droit de la communication*, Bern 1998, S. 53; Beat Vonlanthen, *Das Kommunikationsgrundrecht «Radio- und Fernsehfreiheit»*, Freiburg i.Ue. 1987, S. 293 f.

⁴⁵ Rolf H. Weber, *Finanzierung der Rundfunkordnung*, Zürich 2000, S. 34. Weiter die Entscheide zur SRG in Anm. 71.

⁴⁶ Zur eingeschränkten Bedeutung der Wirtschaftsfreiheit im Bereich der Massenmedien auch Müller/Grob, *Kommentar zu Art. 55^{bis} aBV*, N 19. Zur Schrankenregelung im Monopolbereich allgemein Biaggini, *Kommentar BV, Art. 94*, N 14; Vallender/Hettich/Lehne, *Wirtschaftsfreiheit*, § 5 N 95.

⁴⁷ Paul Richli, *Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts*, Bern 2007, S. 192 f.

chen Marktzugang⁴⁸. Die praktische Umsetzung des chancengleichen Marktzugangs ist angesichts der fehlenden Kompetenzen des Bundes bei anderen Medien (insbesondere Presse), der fortschreitenden Medienkonvergenz sowie einer den Radio- und Fernsehbereich dominierenden SRG eine Herausforderung⁴⁹.

Einschränkungen der Tätigkeit audiovisueller Mediendienste messen sich an Art. 17 BV, welcher die in Art. 16 BV verankerte allgemeine Meinungsäusserungsfreiheit im Bereich der Medien weitgehend verdrängt⁵⁰. Wann die Veröffentlichung audiovisueller Inhalte durch Einzelne medialen Charakter annimmt und damit durch Art. 17 BV geschützt wird, ist kaum geklärt. Bei nicht kontrollierbarem Öffentlichkeitsbezug und Publikationen mit massenkommunikativer Funktion dürfte wohl Art. 17 BV einschlägig sein⁵¹. Die Abgrenzung zwischen Art. 16 und 17 BV bei Meinungsäusserungen im World Wide Web verliert etwas an Bedeutung, da beide Grundrechte stark durch die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK geprägt werden. Diese Rechtsprechung misst Einschränkungen sowohl bei Massenmedien als auch bei Meinungsäusserungen Einzelner am einheitlichen Standard des Art. 10 Abs. 2 EMRK. Die Mitgliedstaaten können gestützt auf Art. 10 Ziff. 1 Satz 3 EMRK für Radio-, Fernseh- und Kinounternehmen, nicht aber für andere Massenmedien, ein Zulassungsverfahren einführen⁵². Die Ziele der Zulassung müssen keinem der in Art. 10 Ziff. 2 EMRK genannten Ziele entsprechen; die Rechtmässigkeit des sich aus dem Zulassungsverfahren ergebenden Eingriffs ist aber dennoch an Art. 10 Ziff. 2 EMRK zu messen⁵³. Der Eingriff muss demnach als «notwendig» und damit als Ausdruck eines drängenden gesellschaftlichen Bedürfnisses qualifiziert werden können; dieses gesellschaftliche Bedürfnis muss überzeugend dargetan werden⁵⁴. Ungeachtet der einheitlichen Schrankenregelung sind bei Massenmedien zum Schutz ihrer de-

⁴⁸ Vgl. etwa *Müller/Schefer*, Grundrechte, S. 441, 443 f. Zum Medienpluralismus als Problem chancengleicher Kommunikation *Roberto Peduzzi*, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Zürich 2004, S. 333 ff.

⁴⁹ Jedoch BGer 2P.67/2004 vom 23. September 2004, Verein Zürcher Privatkliniken v. Kanton Zürich, E. 1.5: «Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen kann nicht bedeuten, dass der Staat die staatlichen und die privaten Tätigkeiten gleich behandeln muss, würde doch dadurch das Prinzip staatlicher Tätigkeit als solches in Frage gestellt.»

⁵⁰ *Andreas Kley*/*Esther Tophinke*, Art. 16, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl., Zürich et al. 2008, N 3.

⁵¹ *Herbert Burkert*, Art. 17, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl., Zürich et al. 2008, N 7, 24; *Müller/Schefer*, Grundrechte, 441.

⁵² *Denis Barrelet*, Libertés de la Communication, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 721, 733; *Burkert*, St. Galler Kommentar zu Art. 17 BV, N 32.

⁵³ EGMR No. 38743/97 vom 5. November 2002, *Demuth v. Schweiz*, E3 m.w.H.; *Jochen Abraham Frowein*, Kommentar zu Art. 10 EMRK, in: Jochen Abraham Frowein/Wolfgang Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Kehl et al. 1996, N 18 ff.

⁵⁴ EGMR No. 32240/96 vom 21. September 2000, *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH v. Österreich*, N 25; EGMR vom 20. Oktober 1997, *Radio ABC v. Österreich*, Reports 1997-VI, N 28.

mokratisch-politischen Funktionen hohe Anforderungen an inhaltliche Eingriffe zu stellen («public watchdog»)⁵⁵.

Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei audiovisuellen Mediendiensten ist im Hinblick auf eine bestmögliche Verwirklichung der Grundrechte zu nutzen (Art. 35 Abs. 1 BV). Die Gesetzgebung hat nicht nur sicherzustellen, dass Meinungen und Informationen ohne Behinderung durch Behörden kundgetan und vom Publikum zur Kenntnis genommen werden können⁵⁶. Sie hat auch günstige strukturelle Voraussetzungen zu schaffen für eine Vielfalt an Meinungen, widerspiegelt durch eine Vielfalt von Medien. Eine Vielfalt von Medien ist Voraussetzung für echten Meinungsstreit und damit für eine freie Meinungsbildung⁵⁷. Ein Medienmonopol kann echten, strukturellen Meinungsstreit kaum befriedigend substituieren, ungeachtet dessen, dass die Einführung von angemessenen «Checks and Balances» im Bereich des Monopolorundfunks vermutlich schon institutionell nicht zu bewerkstelligen ist⁵⁸. Das vermeintliche Idealbild eines monopolistischen Service-Public-Senders, welcher dem Vielfaltsgebot durch Abbildung des gesamten Meinungsspektrums gerecht werden könnte, lässt sich im linearen Bereich aufgrund des durch Zeitknappheit entstehenden Selektionsdrucks von Meinungen nicht verwirklichen. Wertungen bei Auswahl und Präsentation von Inhalten sind unausweichlich⁵⁹. Meinungs- und Medienvielfalt bedingt mit anderen Worten nicht nur eine Vielfalt an Inhalten, sondern auch eine Vielfalt von voneinander unabhängigen Sendern⁶⁰.

Die öffentliche Meinungsbildung muss unabhängig vom Staat erfolgen⁶¹. Der Staat, welcher die freie Meinungsbildung zu gewährleisten und zu schützen

⁵⁵ Müller/Schefer, Grundrechte, S. 438 unter Hinweis auf die Praxis des EGMR. Vgl. z.B. *Guardian v. Grossbritannien*, Ser. A. Nr. 216, N 59, EuGRZ 1995, 20 oder *Lingens v. Österreich*, Ser. A. Nr. 103, N 41.

⁵⁶ BGE 127 I 145, 153, *Wottreng v. Präsident des Obergerichts des Kantons Zürich*; BGE 107 Ia 226, 229, *Unité jurassienne Corgémont v. Commune de Corgémont et Conseil-exécutif du canton de Berne*. *Barrelet*, Libertés, S. 723; *Regina Kiener/Walter Kälin*, Grundrechte, Bern 2007, S. 215; Müller/Schefer, Grundrechte, S. 519 ff.

⁵⁷ Burkert, St. Galler Kommentar zu Art. 17 BV, N 4 («Die Verfassung geht damit von einer [inhaltlichen und technischen] Medienvielfalt als grundlegendem, erhaltenswertem und ausbauwürdigen Strukturmerkmal aus»).

⁵⁸ EGMR vom 24. November 1993, *Informationsverein Lentia v. Österreich*, N 34 ff., EuGRZ 1994, 549; *Fritz Gygi*, Monopolisierte Massenmedien im freiheitlichen Rechtsstaat, ZBl 76 (1975), S. 89, 90 ff.

⁵⁹ Müller/Schefer, Grundrechte, S. 504 f.

⁶⁰ Weber, Finanzierung, S. 160 («Der Meinungswettbewerb schliesst deshalb ... den Wettbewerb der Meinungsträger mit ein.»); *Kellermüller*, Medienkonzentration, S. 49 (Medienpluralismus als «Anbieterpluralismus»).

⁶¹ Art. 17 BV, bekräftigt für Radio und Fernsehen in Art. 93 Abs. 3 BV. *Hans Huber*, Stellungnahme zum Thema: Das Radio- und Fernsehrecht in der Schweiz, ZSR 87 II (1968), S. 633; Weber, Rundfunkrecht, Einleitung, N 17; *Herbert Burkert*, Art. 93, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl., Zürich et al. 2008, N 15; *Yvo Hangartner*, Unabhängigkeit vom Staat und von staatlichen Unternehmen als Voraussetzung der Medienfreiheit, AJP 14 (2005), S. 1183, 1184.

hat, wird durch die Verfassung zugleich als möglicher Grundrechtsverletzer in seine Schranken gewiesen⁶². Ist die publizistische Grundversorgung ohne staatliche Eingriffe gewährleistet, muss der Staat konsequenterweise – wie bei anderen Medien – auf die Rolle des Regulators verzichten⁶³. Das Funktionieren der medialen Grundversorgung kann dabei kaum durch Hinweis auf Prozesse in Frage gestellt werden, welche als geradezu medieninhärent zu betrachten sind. So ist nicht jede durch mediale Inhalte verursachte Beeinflussung der Meinungsbildung und Realitätswahrnehmung Ausdruck eines Versagens der Medienmärkte. Auch die «Breitenwirkung und Suggestivkraft» von Radio und Fernsehen sowie die damit einhergehenden «Risiken für gesellschaftliche und politische Prozesse» sind – soweit überhaupt wesentlich⁶⁴ – grundsätzlich hinzunehmen⁶⁵. Einerseits stellt die Beeinflussung der Meinungsbildung grundsätzlich durchaus erwünschtes Ergebnis der Medientätigkeit dar, andererseits kann der Staat dieser Beeinflussung nur beschränkt Aufsichtsinstrumente entgegenstellen⁶⁶, welche vor Art. 17 BV standhalten. Der Schutz der Informationsfreiheit des Einzelnen verlangt Schutz vor einseitiger Berichterstattung durch die staatsgetragenen Medien⁶⁷ sowie die Gewährleistung von Institutionen und Verfahren, welche Missbräuche der Freiheit durch die privaten Medien zu korrigieren vermögen (Zivilgerichte zur Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes, Förderung von Selbstregulierungsorganisationen wie Presserat, etc.)⁶⁸.

⁶² Müller/Schefer, Grundrechte, S. 486.

⁶³ Burkert, St. Galler Kommentar zu Art. 93 BV, N 3 (Gegebenenfalls sind Radio und Fernsehen aus der Verantwortung des Art. 93 Abs. 2 BV zu «entlassen»).

⁶⁴ Philipp Mäder, Das Verbot politischer Werbung im Fernsehen: Medienwirkungen als Rechtfertigung für Grundrechtseinschränkungen?, Zürich 2007, S. 71 ff.

⁶⁵ BGE 98 Ia 73, 80, Kellermüller v. Zürich, Kantonsrat: «Meinungsäusserungsfreiheit und Pressefreiheit bilden tragende Grundlagen der schweizerischen Demokratie, die dem Bürger zutraut, zwischen den verschiedenen gegensätzlichen Auffassungen zu unterscheiden, unter den Meinungen auszuwählen, Übertreibungen als solche zu erkennen und vernunftgemäss zu entscheiden.» Vorsichtiger etwa Bundesrat, Botschaft RTVG, S. 1598, aber auch 1574.

⁶⁶ So würden sowohl die systematische Vorzensur als auch die nachträgliche systematische Zensur (z.B. durch beständige Prüfung von Veröffentlichung und Einleitung der entsprechenden Aufsichtsverfahren) den Kerngehalt der Grundrechte freier Kommunikation berühren; Müller/Schefer, Grundrechte, S. 353.

⁶⁷ Frowein, Kommentar zu Art. 10 EMRK, N 4.

⁶⁸ Weitergehend hinsichtlich der staatlichen Kontrolle der Einhaltung journalistischer Sorgfaltspflichten freilich z.B. BGE 132 II 290, 292 f., SRG v. UBI; Entscheid UBI vom 26. Juni 1998, X v. SRG, VPB 62 (1998), Nr. 87, E. 4.

Zweifellos ist auch die SRG als «staatlicher Service-Public-Sender»⁶⁹ Trägerin der Medienfreiheit⁷⁰. Der SRG wird im Bereich der ihr erlaubten unternehmerischen Aktivitäten, etwa der Akquisition von Werbung, auch die Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit zugestanden⁷¹. Dennoch augenfällig sind die Parallelen zu öffentlichen Unternehmen, etwa der Einfluss des Bundesrates auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrates, der Charakter der wahrgenommenen (öffentlichen) Aufgabe, die Finanzierung dieser Aufgabe überwiegend durch Gebühren sowie die (de facto) weitgehend dem Wettbewerb entzogene Markstellung der SRG im Inland⁷². Damit wäre für unternehmerische Tätigkeiten der SRG eine gesetzliche Grundlage zu fordern⁷³. Auch sieht der Verfassungsgeber für Radio und Fernsehen generell eine Pflicht zur Rücksichtnahme vor (Art. 93 Abs. 4 BV), was sich in besonderen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten der SRG niederschlagen muss⁷⁴. Dementsprechend ist heute der unternehmerische Spielraum der SRG durch RTVG und Konzession beschränkt⁷⁵.

4. Internationaler Marktzugang

Im linearen Bereich gewährt das Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF) den Marktzugang für Rundfunkveranstalter grundsätzlich nach Massgabe des Herkunftslandes (Sendestaatsprinzip)⁷⁶. Das EÜGF orientiert sich an der alten Fernsichtlinie der EU und erfasst demgemäss die

⁶⁹ Bezeichnung nach *Moritz Leuenberger*, Heute der Trend, morgen die Wahrheit – Rede zur Eröffnung der 6. Bieler Kommunikationstage am 25. Oktober 2007. Nicht überraschend betrachtet sich die SRG jedoch als privatrechtlicher Akteur im Kleid eines Vereins nach Art. 60 ff. ZGB (so auch *René A. Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998, § 6 N 29 (beliehenes, privates Unternehmen)).

⁷⁰ EGMR 53984/00 vom 30. März 2004, *Radio France v. France*, N 26, *medialex* 9 (2004), S. 52 f.; *Dummermuth*, Rundfunkrecht, S. 104 f.

⁷¹ BGE 123 II 402, 409, *Verein gegen Tierfabriken (VgT) v. SRG und «publisuisse SA»*; BGE 118 Ib 356, 362, *E.F.A. Elegance Fashion Accessory SA v. SRG und EVED*; BGE 111 Ib 56, 60, *Sozialdemokratische Partei der Schweiz v. SRG und UVEK*. BGer 2A.526/2001 vom 29. April 2002, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. SRG*, E. 4.1. («Bei der Akquisition und Ausstrahlung von Werbung handelt die SRG nicht im Rahmen ihres Programmauftrags, sondern privatrechtlich»).

⁷² Analog die im Beschaffungsrecht entwickelten Qualifikationskriterien für öffentliche Unternehmen bei *Peter Hettich/Urs Haegi*, Bemerkungen zu X. v. Gemeinde Galgenen, 2C_116/2007, *AJP* 17 (2008), S. 238, 241 f.; vgl. auch *Urs Saxer*, SRG ohne Grenzen? Rundfunkfremde Aktivitäten der SRG unter dem neuen RTVG, *ZSR* 125 I (2006), S. 309, 331 ff.

⁷³ BGer 2P.67/2004 vom 23. September 2004, *Verein Zürcher Privatkliniken v. Kanton Zürich*, E. 1.6. Weniger restriktiv *Weber*, Rundfunkrecht, Art. 29, N 2 f.

⁷⁴ *Biaggini*, Kommentar BV, Art. 93, N 16; *Aubert/Mahon*, Petit commentaire, Art. 93, N 22.

⁷⁵ Durch regulatorische Vorgaben (Art. 25 RTVG), Verbote (etwa Art. 26 Abs. 1 RTVG) sowie Meldepflichten (Art. 29 RTVG). Zur Problematik allgemein *Dummermuth*, Rundfunkrecht, S. 105 f.

⁷⁶ Art. 4 EÜGF, mit der Ausnahme von Art. 16 EÜGF betreffend Werbefenster.

Abrufdienste (noch) nicht⁷⁷. Der internationale Marktzugang für die Vermittlung (und den Empfang⁷⁸) von audiovisuellen Inhalten On Demand ist daher nur ansatzweise geregelt. Das im Entwurf vorliegende Übereinkommen über audiovisuelle Mediendienste (EÜAM) soll diesen Bereich analog der neuen europäischen Richtlinie ordnen. Das EÜAM sieht auch Schutzvorschriften gegen Mediendienste vor, welche die strengeren Vorschriften eines Mitgliedstaates zu umgehen suchen⁷⁹.

Die europäischen Staaten haben die Ausstrahlung audiovisueller Inhalte nicht dem GATS unterstellt⁸⁰. Auch das Freizügigkeitsübereinkommen liberalisiert lediglich Teile der personenbezogenen, grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen⁸¹. Immerhin hält der EGMR ein Verbot des Marktzugangs für ausländische Mediendienste als nicht mit Art. 10 EMRK vereinbar, erlaubt jedoch die Anwendung der rechtlichen Bestimmungen des jeweiligen Empfangsstaates⁸². Neben den staatlichen Regulatoren könnte sich das Urheberrecht – und entsprechend die Rechtsinhaber, welche die Verwertungskette für ihre Werke gestalten – als Hemmschuh für den internationalen Marktzugang audiovisueller Abrufdienste erweisen.

Das (erst vorläufig angewendete⁸³) MEDIA-Abkommen vom 11. Oktober 2007 verpflichtet die Schweiz, ab 30. November 2009 den Marktzugang von EU-Fernsehsendungen auf Basis der europäischen Richtlinie zu gewährleisten⁸⁴.

⁷⁷ Art. 2 lit. a EÜGF.

⁷⁸ EGMR vom 22. Mai 1990, *Autronic AG v. Schweiz*, Series A Nr. 178 betreffend den Empfang ausländischer Programme über Satellit.

⁷⁹ Art. 28 f. und 33 EÜAM, weitergehend im Bereich von Fernsehwerbung wie bisher Art. 20 EÜAM.

⁸⁰ *Thomas Cottier*, Die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen der Filmförderung in der neuen Welthandelsorganisation WTO-GATT, ZUM 38 (1994), S. 749, 755 ff. Auch hinsichtlich des Imports von Filmen (= Waren) sind Ausnahmen vorgesehen, vgl. Art. III Abs. 10 i.V.m. Art. IV GATT.

⁸¹ Art. 5 i.V.m. Anhang I Art. 17-23 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681).

⁸² EGMR No. 39288/98 vom 17. Juli 2001, *Ekin Association v. Frankreich*, Reports 2001-VIII, N 62; EGMR vom 28. März 1990, *Groppera Radio AG v. Schweiz*, Series A No. 173, N 73. So eröffnet § 3 Abs. 5 des deutschen Telemediengesetzes die Möglichkeit der Anwendung des Binnenrechts auf ausserhalb des Geltungsbereichs der RL 2000/31/EG domizilierte Diensteanbieter; dies schliesst das geschäftsmässige Angebot audiovisueller Inhalte On Demand ungeachtet des Verbreitungswegs mit ein.

⁸³ Art. 13 MEDIA 2007. Nach anfänglicher Rückweisung aufgrund befürchteter Wettbewerbsverzerrungen hat nun der Ständerat die schweizerische Teilnahme am MEDIA-Abkommen genehmigt; Amtl. Bull. N 2007 1854 ff.; Amtl. Bull. S 2007 1013 ff., S 2009 235 ff.

⁸⁴ Art. 1 i.V.m. Art. 4 Anhang I des Abkommens vom 11. Oktober 2007 zwischen der Schweiz und der EU im audiovisuellen Bereich zur Festlegung der Voraussetzungen und Bedingungen für die Beteiligung der Schweiz am Gemeinschaftsprogramm MEDIA 2007 (i.d.F. vom 26. November 2008). Der Verweis auf die neue Richtlinie wurde gemäss gemeinsamer Erklärung der Vertragsparteien über die Anpassung des Abkommens MEDIA 2007 an die neue Richtlinie der Gemeinschaft angepasst, BBl 2007 6711.

Damit wird das EÜGF bzw. EÜAM gegenüber der EU im Bereich von Fernsehsendungen de facto ausser Kraft gesetzt⁸⁵. Die EU-Staaten können die gegenüber der europäischen Richtlinie umfangreicheren Schutzbestimmungen des EÜAM aber auf die in der Schweiz domizilierten Fernsehveranstalter anwenden. Die Markttöffnung erfolgt damit aus rechtlicher Sicht in Bezug auf die Zulässigkeit ausländischer Fernsehwerbefenster nicht gänzlich reziprok. Die vom MEDIA-Abkommen nicht erfassten Abrufdienste werden den Marktzugang nach den zukünftigen Bestimmungen des EÜAM in Anspruch nehmen können.

IV. Anforderungen an eine Regulierung von Video On Demand

1. Notwendigkeit eines Bagatellbereichs

Entsprechend dem europäischen Recht scheidet der Gesetzgeber die dicht regulierten linearen Programme von den spärlich regulierten On Demand Inhalten durch das Element der zeitlichen Ansetzung⁸⁶. Die unterschiedlichen Rechtsfolgen für Inhalte knüpfen demgemäss an ein rein technisches Kriterium an. Das (wirtschaftliche und kulturelle) Schutzbedürfnis des Konsumenten hängt jedoch vorwiegend von den Inhalten ab, unabhängig davon, ob der Konsument diese mittels Fernbedienung oder via Electronic Program Guide (EPG) bzw. Internet auswählt. Dementsprechend erscheint das Element der zeitlichen Ansetzung bzw. Interaktivität zwar als einfach handhabbares, aber kaum als sachgerechtes Kriterium. Es ist zugunsten einer dynamischen Abgrenzung zu ersetzen. Zudem gebieten die Pflicht zur Gewährleistung eines möglichst ungehinderten Informationsflusses und das Verhältnismässigkeitsgebot die Beibehaltung eines minimis-Bereichs. Eine gleichförmige Regulierung aller audiovisuelle Inhalte, ob Hochzeitsvideo auf Facebook oder Ausstrahlung von «Rambo IV», lässt sich nicht rechtfertigen.

Die Abgrenzung zwischen stark und schwach regulierten Inhalten ist von der Massenwirksamkeit eines Mediendienstes abhängig zu machen. Angebote von geringer publizistischer Tragweite, ob lineares Programm oder Abrufdienst, sollten generell nicht reguliert werden. Dies betrifft vor allem kleinere Mediendienste, deren inhaltliches und finanzielles Gewicht in der Medienlandschaft vernachlässigbar ist, deren Beiträge zur Meinungsbildung aber dennoch unter Vielfaltsaspekten erwünscht und zu begrüßen sind. Audiovisuelle Inhalte im Internet haben vereinzelt massgeblichen Einfluss auf die Meinungsbildung des

⁸⁵ BUNDESRAT, Botschaft vom 21. September 2007 zur Genehmigung des Abkommens über die Teilnahme der Schweiz am EU-Programm MEDIA für die Jahre 2007-2013 und über einen Bundesbeschluss zur Finanzierung der Teilnahme, BBl 2007 6681, S. 6689.

⁸⁶ Art. 1 lit. e und g RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG, Art. 2 lit. g EÜAM. EuGH vom 2. Juni 2005, Mediakabel v. Commissariaat voor de Media, Rs. C-89/04.

Publikums, ohne dass die jeweiligen Sender den Anspruch erheben wollten, Teil der Massenmedien zu bilden⁸⁷. Video-Sharing-Seiten wie Hulu, YouTube oder Todou sowie IPTV Plattformen für Kleinsender wie Mogulus haben im Kern klar wirtschaftlichen Charakter, vermitteln aber Produzenten von Inhalten kostenfreien Zugang zu einem Publikum, eingeschlossen einer realen Chance der Wahrnehmung dieser Inhalte. Kleinveranstalter dieser Art und Plattformen für diese Veranstalter erfüllen eine wichtige Funktion in der öffentlichen Meinungsbildung, indem sie als Ausprägungen öffentlicher Diskussionen die Vielfalt von zugänglichen Meinungen steigern. Die Qualifikation als «Radio- und Fernsehen» mit den entsprechend einhergehenden Pflichten führt für diese Anbieter mit meist kostenlos zugänglichem Angebot zu unüberwindlichen Markteintrittsbarrieren und unterdrückt damit verfassungsrechtlich geschützte Meinungsäußerungen. Die Anwendung von Bestimmungen über journalistische Sorgfaltspflicht, Film- und Kulturförderung, Informationspflichten und Einschränkungen im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmen dienen ausschliesslich im Bereich der Massenmedien legitimen öffentlichen, namentlich demokratischen Interessen⁸⁸.

Der neue europäische Rechtsrahmen zielt auf eine Regulierung der Massenmedien; eine umfassende Regulierung aller audiovisuellen Angebote wird nicht angestrebt⁸⁹. Zu den Massenmedien gehören demnach audiovisuelle Mediendienste, welche «für den Empfang durch einen wesentlichen Teil der Allgemeinheit bestimmt sind und bei dieser eine deutliche Wirkung entfalten könnten». Ausgenommen bleiben «nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten, die nicht mit Fernsehsendungen im Wettbewerb stehen, wie z.B. private Internetseiten und Dienste zur Bereitstellung oder Verbreitung audiovisueller Inhalte, die von privaten Nutzern für Zwecke der gemeinsamen Nutzung und des Austauschs innerhalb von Interessengemeinschaften erstellt werden»⁹⁰. Nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen auch elektronische Ausgaben von Zeitungen und Zeitschriften⁹¹. Wie nun aber elektronische Zeitungen mit allenfalls sehr reichhalti-

⁸⁷ Die Rede von Barack Obama über Rasse («A More Perfect Union») wurde auf YouTube über acht Millionen mal angesehen; die Breitenwirkung der Rede wurde wiederum in den klassischen Medien diskutiert. So *Marc Pitzke*, Obama beschwört Amerikas Erbsünde – und gerät in Gefahr, Spiegel Online (25. März 2008), verfügbar auf <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,543113,00.html>; *Larry Rohter/Michael Luo*, Groups Respond to Obama's Call for National Discussion About Race, NY Times (20. März 2008), verfügbar auf <http://www.nytimes.com/2008/03/20/us/politics/20race.html?ref=politics>.

⁸⁸ Wie die gesetzliche Qualifikation aller Webseiten als «Massenmedien» in Usbekistan eindrücklich zeigt. *The Economist*, Politics on the Web: Blog Standard, 28. Juni 2008, S. 69.

⁸⁹ Vgl. z.B. die Definition eines Mediendienstes in Art. 1 lit. a RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG und Art. 2 lit. a EÜAM (Redaktionelle Verantwortung, Hauptzweck die Ausstrahlung von Programmen zum Zwecke der Information, Unterhaltung, oder Erziehung).

⁹⁰ RL 2007/65/EG, E. 16.

⁹¹ RL 2007/65/EG, E. 21.

gem audiovisuellem Angebot und Internet-Fernsehsender mit textbasiertem Nachrichtenangebot abzugrenzen sind, lässt die Richtlinie offen.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht legt Art. 5 Grundgesetz in ständiger Rechtsprechung einen offenen, dynamischen Rundfunkbegriff zugrunde⁹². Auf dieser Basis definierte der Rundfunkstaatsvertrag als Rundfunk jede «für die Allgemeinheit bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen aller Art»⁹³. Diese offene Definition schliesst an sich On Demand Mediendienste mit ein⁹⁴. Die offene Begriffsbestimmung führt hier aber letztlich dazu, dass die Qualifikation des Mediendienstes dem Regulator obliegt; die Massenrelevanz eines Veranstalters ist jeweils im Einzelfall zu bestimmen, was der Rechtssicherheit abträglich und aufgrund der gravierenden Rechtsfolgen einer Ex-Post-Qualifikation als «Rundfunk» unzumutbar ist. Die am 1. Juni 2009 in Kraft getretene neue Fassung des Rundfunkstaatsvertrags definiert Rundfunk nun als linearen Dienst und ordnet damit On Demand Angebote begrifflich klar den spärlicher regulierten Telemedien zu⁹⁵.

Das RTVG nimmt heute Programmangebote von «geringer publizistischer Tragweite» von seinem Geltungsbereich aus. Dies sind zunächst Programmangebote, welche von weniger als 1000 Geräten gleichzeitig in einer dem Stand der Technik entsprechenden Qualität empfangen werden können. Darüber hinaus gilt als Angebot von geringer publizistischer Tragweite die werbefreie Wiedergabe redaktionell unbearbeiteter Daten, welche sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich erfolgen kann⁹⁶. Ähnlich unterstellt der Rundfunkstaatsvertrag seit 1. Juni 2009 nur Streaming Angebote, die mehr als 500 Nutzer gleichzeitig erreichen können, einer Zulassungspflicht⁹⁷. Die Schwelle von 500 bzw. 1000 potenziellen Nutzern ist bei einer Verbreitung im World Wide Web aber sofort überschritten; die Übertragung von «Teachers-News-TV», «Zahnheilkunde-TV» oder unter Umständen gar die regelmässige Ausstrahlung von Vereinssitzungen

⁹² BVerfGE 74, 297 (353 ff.), Süddeutscher Rundfunk und Südwestfunk v. Land Baden-Württemberg («5. Rundfunkentscheidung»). Zur Unschärfe des deutschen Rundfunkbegriffs etwa *Martin Bullinger*, Regulierung von Wirtschaft und Medien, Analysen ihrer Entwicklung, Tübingen 2008, S. 217 ff.

⁹³ § 2 Abs. 1 Rundfunkstaatsvertrag, i.d.F. des Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrags.

⁹⁴ *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung: Grundfragen, Baden-Baden 2000, S. 229 ff.

⁹⁵ § 4 Telemediengesetz; § 2 Abs. 1 Rundfunkstaatsvertrag, i.d.F. des Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrags.

⁹⁶ Art. 1 RTVV.

⁹⁷ § 2 Abs. 1 und Abs. 3 Ziffer 1 i.V.m. § 20 Rundfunkstaatsvertrag, i.d.F. des Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrags; vgl. zu den Anforderungen auch § 10 Abs. 4 der Satzung über die Nutzung von Fernsehkanälen nach dem Bayerischen Mediengesetz, zuletzt geändert durch Satzung vom 14. Juli 2008. Der bloss über das Internet verbreitete Hörfunk ist nach § 20b Rundfunkstaatsvertrag neu lediglich meldepflichtig.

werden so zum genehmigungsbedürftigen «Massenmedium»⁹⁸. Die genannten Angebote sind nicht regulierungswürdig. «Massenmedien» qualifizieren sich nicht durch ihre potenzielle Reichweite (d.h. nationale bzw. sprachregionale Ausstrahlung oder weltweite Verbreitung im Internet), sondern durch die effektive Nutzung bzw. durch die effektive Wahrnehmung ihres Angebots in einer breiten Öffentlichkeit. Ansatzpunkte für die Frage der Unterstellung unter die Medienregulierung bieten die Marktanteile eines Mediendienstes. Analog der kartellrechtlichen Terminologie wäre danach zu forschen, ob der Sender in bestimmten Medienmärkten spürbare Auswirkungen auf die Meinungsbildung hat, welche die Gefahr von Missbräuchen in sich bergen. So liegt die Spürbarkeitsschwelle im Kartellrecht bei ca. 10–15% Marktanteil, mit angemessenen Übergangsfristen bei erstmaliger Überschreitung dieser Schwellen⁹⁹. Die Frage der Spürbarkeit ist freilich davon zu trennen, ob eine Gefährdung der Meinungsvielfalt vorliegt – eine solche «vorherrschende Meinungsmacht» nimmt etwa das deutsche Recht bei Marktanteilen von 25–30% an¹⁰⁰. Bei der Definition der hier relevanten Märkte ist den Besonderheiten der Medien Rechnung zu tragen¹⁰¹: Medienmärkte korrelieren stark; die tägliche Zeitung mag unter Umständen durch Quellen im Internet, in gewissem Grad mag Fernsehen durch Zeitungen substituierbar sein¹⁰².

Nach der hier vertretenen Auffassung wären demnach die durch massenwirksame Abrufdienste ausgestrahlten Inhalte den gleichen Regulierungsprinzipien wie die Inhalte von Fernsehsendern zu unterwerfen. Konkret werden sich freilich Differenzierungen dort aufdrängen, wo dies die unterschiedliche Natur der Abrufdienste verlangt. Diese Aussage soll nicht zum Anlass genommen werden, sich nun an der dichten Fernsehregulierung zu orientieren. Der vorne aufgezeigte, durch die Verfassung gewährte Gestaltungsspielraum des Gesetzge-

⁹⁸ Jan-Philipp Hein, Lizenzen für Live-Streams: Landesmedienanstalten wollen Netz-Sendungen kontrollieren (16. Juli 2008), verfügbar auf <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,566234,00.html>.

⁹⁹ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl C 368 vom 22. Dezember 2001, S. 13 ff. (E. 7 bzw. E. 9 für Übergangsfristen).

¹⁰⁰ § 26 Abs. 2 und § 28 Abs. 2 Rundfunkstaatsvertrag; vgl. auch Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), Elfter Jahresbericht – Berichtszeitraum 1. Juli 2007 bis 30. Juni 2008, S. 6 f., verfügbar auf http://www.kek-online.de/Inhalte/jahresbericht_07-08.pdf; vgl. zum Bedürfnis nach Regulierung und Verhinderung von Meinungsmacht BVerfGE 57 (295, 322 ff.) («3. Rundfunkentscheidung»); BVerfGE 73 (118, 159) («4. Rundfunkentscheidung»); BVerfGE 95 (163, 172 f.) («DSF»); BVerfGE 97 (228, 258, 266 f.) («Kurzberichterstattung»).

¹⁰¹ Europe Economics, Market Definition in the Media Sector – Economic Issues (November 2002), S. 6, verfügbar auf http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/european_economics.pdf.

¹⁰² Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, Entscheid FB/2004-4 vom 4. Mai 2006, RPW 2006/2, S. 347, 370.

bers lässt für die Abrufdienste eine ähnlich restriktive Regulierung wie im Bereich des linearen Fernsehens nicht zu. Ohne Verfassungsänderung hat der Gesetzgeber zwischen Fernsehsendern und Abrufdiensten zu unterscheiden. Auch das europäische Recht nimmt diese Unterscheidung vor, begründet dies aber mit den ungleich grösseren Auswahl- und Steuerungsmöglichkeiten der Nutzer¹⁰³. Danach ist eine Gleichbehandlung aller (massenwirksamer) Mediendienste rechtlich nur möglich, wenn diesen mit der Intervention nicht ein Leistungsauftrag nach Art. 93 Abs. 2 BV auferlegt werden soll.

2. Allgemeine inhaltliche Vorgaben

Die europäische Richtlinie legt allen audiovisuellen Mediendiensten inhaltliche Minimalverpflichtungen auf¹⁰⁴. Dazu gehören Identifikationspflichten, das Verbot der Hassrede, die graduelle Zugänglichmachung von Diensten für Hörgeschädigte und Sehbehinderte, die Beachtung der mit den Filmrechteinhabern vereinbarten Verwertungskette, sowie die Einhaltung von gewissen Grundsätzen für Werbung, Sponsoring und Produktplatzierung¹⁰⁵.

Privilegiert werden Abrufdienste im Bereich des Jugendschutzes. Abrufdienste dürfen auch audiovisuelle Inhalte anbieten, welche die körperliche, geistige oder sittliche Entwicklung von Minderjährigen ernsthaft beeinträchtigen können, solange diese Inhalte Minderjährigen üblicherweise nicht zugänglich sind (namentlich weiche Pornographie und grundlose Gewalt)¹⁰⁶. In Fernsehsendungen sollen entsprechende Inhalte nicht ausgestrahlt werden; zudem sollen Minderjährige auch von anderweitig für sie ungeeigneten Fernsehprogrammen ferngehalten werden, etwa durch entsprechende Ansetzung der Sendezeit oder andere technische Massnahmen¹⁰⁷. Die heute geltenden Einschränkungen für Schweizer Fernsehveranstalter entsprechen dem europäischen Recht¹⁰⁸. Für Abrufdienste gelten noch – wie für die Presse – die allgemeinen Schranken¹⁰⁹. Die Verfassungskonformität dieser Einschränkungen ist namentlich im Bereich des Jugendschutzes unbestritten. Bedenken weckt nicht das Anliegen des Jugendschutzes an sich, sondern vielmehr die Anwendung eines unterschiedlichen Schutzniveaus bei potenziell identischen Inhalten, je nachdem, ob diese etwa als Live-Stream, auf Abruf oder auf der Webseite eines Printmediums ver-

¹⁰³ RL 2007/65/EG, E. 42.

¹⁰⁴ Art. 3a-3g RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; Art. 5-7 EÜAM; § 5 f. deutsches Telemediengesetz.

¹⁰⁵ Nachfolgend, IV.4.

¹⁰⁶ Art. 3h RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; Art. 6 Abs. 2 EÜAM.

¹⁰⁷ Art. 22 RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; Art. 6 Abs. 2 EÜAM («Programme, die die körperliche, geistige und sittliche Entwicklung von Minderjährigen beeinträchtigen können»).

¹⁰⁸ Art. 5 RTVG; Art. 7 Abs. 1 f. EÜGF; BGE 133 II 136, Star TV v. UBL.

¹⁰⁹ Etwa Art. 135 StGB (Gewaltdarstellungen), Art. 197 StGB (Pornographie), Art. 261 StGB (Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit) oder Art. 261^{bis} StGB (Rassendiskriminierung)

breitet werden. So setzt etwa Art. 5 RTVG den Fernsehveranstaltern im Jugendschutz engere Grenzen als das Strafrecht¹¹⁰. Enge Grenzen für weiche Pornographie und Gewalt erscheinen angesichts der weitgehend fehlenden oder aber international nicht durchsetzbaren Beschränkungen entsprechender audiovisueller Inhalte im Internet als fragwürdig¹¹¹. Gerade im Bereich der Abrufdienste erscheinen daher Beschränkungen an der Quelle als wenig hilfreich. Das Augenmerk ist vermehrt den Empfangsgeräten zuzuwenden, deren jugendschutzkonforme Konfiguration aber den Inhabern elterlicher Gewalt obliegt¹¹².

Die Mitgliedstaaten der EU und des EÜGF können die ihrem Recht unterstehenden Mediendienste strengerem oder ausführlicheren Regeln unterstellen¹¹³. Von dieser Möglichkeit macht auch die Schweiz Gebrauch. In Konkretisierung von Art. 35 Abs. 3 BV bindet Art. 4 RTVG alle Fernsehveranstalter an die Grundrechte, namentlich an die Menschenwürde. Die Fernsehveranstalter haben das Sachgerechtigkeitsgebot¹¹⁴, konzessionierte Programme im Sinne des Binnenpluralismus auch das Vielfaltsgebot zu beachten¹¹⁵. Über diese allgemeinen Anforderungen hinaus auferlegt die Konzessionsbehörde den konzessionierten schweizerischen Veranstaltern spezifische (Zusatz-)Leistungsaufträge¹¹⁶. Auch in deutschen Mediengesetzen finden sich weitgehende Zielvorgaben wie die Förderung der Gleichberechtigung, des Schutzes von Minderheiten, des Umweltschutzes, und des internationalen Dialogs und Friedens¹¹⁷. Diese – selbst im

¹¹⁰ BGE 133 II 136, 144, *Star TV v. X.*: «Aufsichtsrechtlich kann unzulässig sein, was strafrechtlich noch irrelevant erscheint.»

¹¹¹ *Konrad Lischka*, Online-Pornographie: Jugendschutz findet nicht statt, *Spiegel Online* (7. Mai 2008), verfügbar auf <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,552010,00.html>.

¹¹² *Tanya Byron*, *Safer Children in a Digital World – The Report of the Byron Review*, March 2008, S. 6 ff., verfügbar auf <http://www.dfes.gov.uk/byronreview/pdfs/Final%20Report%20Bookmarked.pdf>; siehe auch 329 f.3d 954, 960 (8th Cir. 2003), *Interactive Digital Software Association v. St. Louis County* (Danach kann der Staat nicht dadurch von der Meinungsäusserungsfreiheit geschützte Inhalte [i.c. Computerspiele mit Gewaltszenen] verbieten, indem er sich quasi elterliche Gewalt anmasst).

¹¹³ Art. 3 Abs. 1 RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; Art. 28 EÜGF; Art. 33 Abs. 1 EÜAM.

¹¹⁴ Zur Praxis, z.B. im Bereich «unentgeltlicher Schleichwerbung»: UBI vom 7. Dezember 2007, b.564, i.S. Schweizer Fernsehen: Berichterstattung über den America's Cup 2007, Alinghi-Logo auf Mikrofonen; UBI vom 7. Dezember 2007, b.562, i.S. Schweizer Fernsehen, SF 1: Sendung «Club» vom 1. Mai 2007, «SP – wie weiter?»; UBI vom 19. Oktober 2007, b.559, i.S. Schweizer Fernsehen, SF 1: Sendungen «Start Up» vom 16. April bis 25. Juni 2007, Darstellung der «Giveawine AG». Das Begriffskonzept der Werbung setzt an sich Entgeltlichkeit voraus; Art. 2 lit. k RTVG.

¹¹⁵ Wo ein Versorgungsgebiet durch eine hinreichende Anzahl Programme abgedeckt ist, ist eine Entbindung vom Vielfaltsgebot möglich. Zur Praxis z.B. UBI vom 30. März 2007, b.545, i.S. Schweizer Fernsehen: Sendung «Schweiz Aktuell» vom 30. Oktober 2006, Beitrag «Freiburger Original in der Regierung», E. 3.2.

¹¹⁶ Art. 24, 38 und 43 RTVG.

¹¹⁷ § 13 Abs. 1 Hessisches Privatrundfunkgesetz; § 3 Abs. 1 Landesmediengesetz Baden-Württemberg (GBl. 2007 S. 108); § 31 Abs. 3 Landesmediengesetz Nordrhein-Westfalen (GV. 2007 S. 192); § 15 Abs. 2 Saarländisches Mediengesetz (Amtsbl. 2007 S. 1062); § 31 Abs. 1 Landesrundfunkgesetz Rheinland-Pfalz (GVBl. Rheinland-Pfalz 1992 S. 247).

günstigsten Fall schwer zu erreichenden – Zielvorgaben können aufgrund ihrer Offenheit und Abstraktheit kaum als Leitlinie für die Veranstaltung konkreter Programme dienen; es fehlt ihnen demgemäss an Justiziabilität¹¹⁸. Für Abrufdienste kommt erschwerend hinzu, dass selbst ein in sich ausgewogenes, zielkonformes Angebot an Sendungen nicht einen entsprechend ausgewogenen Konsum gewährleistet. Abrufdienste sind nicht in der Lage, die Gestaltungswünsche und inhaltlichen Vorgaben des Gesetzgebers ohne weitgehende Eingriffe in die Informationsfreiheit des Konsumenten zu verwirklichen. Die Schaffung möglichst günstiger struktureller Voraussetzungen für eine nachhaltige Medienvielfalt (Aussenpluralismus) rückt damit in den Vordergrund. Solche Voraussetzungen werden durch einen möglichst freien – d.h. nicht an inhaltliche Zielvorgaben geknüpften – Marktzugang für Anbieter von Inhalten geschaffen¹¹⁹. Eine Meldepflicht für Abrufdienste analog den anderen Grundversorgungsmärkten ist abzulehnen¹²⁰. Die betreffenden Marktgesetze knüpfen an die Meldepflicht jeweils umfangreiche Informationspflichten und Organisationsvorschriften¹²¹. Die Befürchtung, dass mit einer Meldepflicht auch inhaltliche Vorgaben verbunden werden könnten, wird durch Art. 7 RTVG genährt; diese Bestimmung dehnt Teile des Leistungsauftrags – nämlich die Filmförderung – auch auf nur meldepflichtige Programmveranstalter aus¹²². Im Sinne der hier vertretenen Auffassung hat der deutsche Gesetzgeber auf Zulassungs- und Anmeldepflichten bzw. inhaltliche Aufträge für Telemedien und (immerhin auch) für Internetradios verzichtet¹²³.

¹¹⁸ *Saxer*, SRG ohne Grenzen, S. 316 f. Nach *Luhmann*, Massenmedien, S. 53 ff., 78 ff. erscheinen Anforderungen an Sachgerechtigkeit und Vielfalt vor dem Hintergrund einer zwangsläufig konstruierten und manipulierten Realität der Massenmedien von vorneherein als unerreichbares Ideal. Auch die Einhaltung journalistischer Sorgfaltspflichten (BGE 131 II 253, 257, SRG v. X.) soll nicht vor dieser systeminternen Problematik schützen können. A.M. *Bundesrat*, Botschaft RTVG, S. 1668.

¹¹⁹ *Kellermüller*, Medienkonzentration, S. 102.

¹²⁰ Art. 3 RTVG für Fernsehveranstalter, Art. 4 FMG für Fernmeldedienste, oder Art. 5 VE PG für Postdienste. Auch mit der neuen Richtlinie «werden die Mitgliedstaaten weder verpflichtet noch ermuntert, neue Lizenz- oder Genehmigungsverfahren ... einzuführen»; RL 2007/65/EG, E. 42. Beachtlich sind auch die Schranken von Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK für Zulassungsverfahren im Medienbereich.

¹²¹ *Peter Hettich*, Sicherung der Grundversorgung bei vollständiger Deregulierung: Ein Beitrag zur bevorstehenden Aufhebung des Postmonopols in der Schweiz und der EU, ZBl 109 (2008), S. 629, 647 ff.; *Hettich*, YouTube To Be Regulated, S. 1471 ff.

¹²² Art. 15–21 RTVG.

¹²³ § 4 sowie § 1 Abs. 4 Telemediengesetz i.V.m. § 54 Rundfunkstaatsvertrag; § 20b Rundfunkstaatsvertrag, i.d.F. des zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrags. Dazu *Bullinger*, Wirtschaft und Medien, S. 189.

3. Europäische Werke

Die Pflicht der Fernsehveranstalter zur Förderung europäischer Werke bleibt auch unter der neuen europäischen Richtlinie unverändert bestehen¹²⁴. Fernsehveranstalter haben – mit Ausnahme lokaler Programme – den Hauptteil ihrer Sendezeit für europäische Werke zu reservieren¹²⁵. 10% der Sendezeit oder 10% der Einnahmen sollen zudem für europäische Werke von unabhängigen Produzenten zur Verfügung stehen¹²⁶. Auch die Abrufdienste sollen neu europäische Werke durch finanzielle Beiträge, Quoten oder Herausstellung im Programmkatalog fördern¹²⁷. Die Schweiz unternimmt im Rahmen des MEDIA-Abkommens Anstrengungen zur Steigerung des Anteils europäischer Werke an der Fernsehsendezeit¹²⁸. Darüber hinaus haben nationale und sprachregionale Fernsehsender in der Schweiz 4% ihrer Bruttoeinnahmen für den Ankauf oder die Produktion von Schweizer Filmen zu verwenden¹²⁹.

Europäische Filme nehmen heute über 65% der Sendezeit in Europa in Anspruch; über 35% der Sendezeit entfallen auf europäische Werke unabhängiger Produzenten¹³⁰. Die Erholung der europäischen Filmindustrie¹³¹ hat freilich nicht ohne staatliche Unterstützung stattgefunden. 50% der europäischen Filme und 90% der international vertriebenen Filme werden durch die im MEDIA-Programm vorgesehenen Mechanismen gefördert¹³². Vor diesem Hintergrund erscheinen die oben beschriebenen «Kulturquoten» fragwürdig. Gerade für neu in den Markt eintretende Sender sind amerikanische Produktionen ein kostengünstiger Weg, mit einer gewissen Quotensicherheit Fuss zu fassen. Der offene Wortlaut der Richtlinie («im Rahmen des praktisch Durchführbaren und mit

¹²⁴ Art. 4 und 5 RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; Art. 11 EÜAM.

¹²⁵ Art. 4 i.V.m. Art. 9 RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; Art. 11 Abs. 1 EÜAM.

¹²⁶ Art. 5 i.V.m. Art. 9 RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; Art. 10 Abs. 2 EÜAM.

¹²⁷ Art. 3i RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; Art. 11 Abs. 3 EÜAM.

¹²⁸ Art. 2 Anhang II des Abkommens zwischen der Schweiz und der EG im Bereich audiovisuelle Medien über die Festlegung der Voraussetzungen und Bedingungen für die Beteiligung der Schweiz an den Gemeinschaftsprogrammen MEDIA Plus und MEDIA-Fortbildung. Art. 7 Abs. 1 RTVG.

¹²⁹ Art. 7 Abs. 2 RTVG.

¹³⁰ *Europäische Kommission*, Achte Mitteilung über die Anwendung von Art. 4 und 5 der RL 89/552/EWG «Fernsehen ohne Grenzen» – in der Fassung der RL 97/36/EG – im Zeitraum 2005-2006, KOM(2008) 481, S. 6 ff.

¹³¹ *Gerben Bakker*, The Decline and Fall of the European Film Industry: Sunk Costs, Market Size and Market Structure, 1890-1927, LSE Working Paper No. 70/03 (2003), S. 3, verfügbar auf <http://www.lse.ac.uk/collections/economicHistory/pdf/wp7003.pdf>; *Kevin M. McDonald*, How would you like your Television: with or without Borders and with or without Culture – A new Approach to Media Regulation in the European Union, *Fordham Int'l L.J.* 22 (1999), S. 1991, 2015.

¹³² *Europäische Kommission*, MEDIA 2007, verfügbar auf http://ec.europa.eu/information_society/media/overview/clips/index_en.htm.

angemessenen Mitteln»¹³³) würde an sich Spielraum lassen dafür, die Förderpflichten nur den konzessionierten Service-Public-Sendern aufzubürden¹³⁴.

Der auf Radio und Fernsehen beschränkte Leistungsauftrag steht einer Pflicht zur Förderung europäischer Werke durch Abrufdienste wohl entgegen. Auch aus anderen Überlegungen drängt sich eine Förderpflicht für den On-Demand-Bereich nicht auf. Zunächst vereinfacht das Internet den Marktzugang für neue Abrufdienste erheblich; damit werden auch die Vertriebschancen für europäische Werke verbessert, da die Abrufdienste keinen zeitlichen Kapazitätsbeschränkungen unterliegen. Sodann erfolgt die «Programmplanung» in Form von einzelnen Abrufen durch den Konsumenten. Quoten betreffend europäische Werke sind also nicht durchsetzbar; einem Konsumenten kann der Zugang zu aussereuropäischen Werken nicht verwehrt werden, nur weil er seine individuelle Kulturquote nicht erfüllt hat. Die neue Europäische Richtlinie sieht denn auch keine Abrufquoten, sondern lediglich Einkaufs- und Investitionsquoten oder besondere Hervorhebungen vor. Dies ist jedoch dann nicht zielführend, wenn – abweichend von den traditionellen Geschäftsmodellen der linearen Sender mit Vollprogramm – Abrufdienste eher Spartenprogramme anbieten sollten. Einige dieser Spartenkanäle werden zur Förderung europäischer Werke ohne weiteres in der Lage sein (z.B. ein Kanal für «Romantische Filme»), andere werden diese kaum bewerkstelligen können (z.B. ein Kanal für lateinamerikanischen Film oder amerikanische Westerns). Im linearen Bereich gleicht der Gesetzgeber solche Unterschiede mit einer Ersatzabgabe aus¹³⁵. Damit würde aber unterstellt, dass den betroffenen Abrufdiensten durch die mangelhafte Förderung europäischer Werke ein abschöpfbarer finanzieller Vorteil entsteht, was effektiv nicht der Fall zu sein braucht.

Angesichts der geringen Bedeutung des Privatfernsehens in der Schweiz und der entsprechend geringen Budgets liegt der Schluss nahe, dass auch im nicht-linearen Bereich kaum ein signifikanter Wirkungsgrad durch die Filmförderungspflicht erreicht werden kann. Das öffentliche Interesse an niedrigen Marktzutrittsschranken dürfte den Nutzen aus einer Filmförderpflicht für alle Mediendienste tendenziell überwiegen.

4. Werbung, Sponsoring und Produktplatzierung

Durch den neuen europäischen Rechtsrahmen werden die bisher schon für Fernsehwerbung geltenden, qualitativen Beschränkungen auf Abrufdienste erstreckt¹³⁶. Dem Trennungsgebot folgend, muss Werbung («audiovisuelle kom-

¹³³ Art. 4 Abs. 1 RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; vgl. auch Art. 11 Abs. 1 EÜAM.

¹³⁴ Rolf H. Weber et al., Kulturquoten im Rundfunk, Zürich 2006, S. 432 f.

¹³⁵ Art. 7 Abs. 2 RTVG.

¹³⁶ Peter Nobel/Markus Kaempf, Die neue Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, EuZ 10 (2008), S. 58, 62.

merzielle Kommunikation») neu auch im Abrufbereich als solche erkennbar sein; Schleichwerbung ist verboten. Werbung muss inhaltlichen Standards genügen (keine Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Rasse, Glauben, etc.; keine Förderung von gesundheitsschädlichem, gefährlichem oder umweltgefährdendem Verhalten)¹³⁷. Allgemein verboten sind die Tabakwerbung und Werbung für rezeptpflichtige Medikamente¹³⁸. Weniger Anforderungen als im linearen Bereich stellt die Richtlinie an die Alkoholwerbung¹³⁹. Sponsoring darf die Unabhängigkeit audiovisueller Mediendienste nicht beeinträchtigen und nicht zum Kauf von Waren und Dienstleistungen anregen¹⁴⁰. Produktplatzierungen bleiben grundsätzlich verboten, mit bedeutenden Ausnahmen im Bereich der «leichten» Unterhaltung (Kinofilme, Filme, Serien, Sportsendungen)¹⁴¹. Weitergehende, vor allem zeitliche Einschränkungen von Werbung und Teleshopping sieht die Richtlinie nur für Fernsehveranstalter vor¹⁴². Nicht reguliert werden neue Werbeformen wie Split Screen Werbung, Interaktive Werbung und virtuelle Werbung¹⁴³.

Auch im Werbebereich geht die Schweiz über die europäischen Anforderungen hinaus¹⁴⁴. Der Bundesrat unterwirft die neuen Werbeformen (Split Screen etc.) weitgehenden Einschränkungen; er könnte diese auch untersagen¹⁴⁵. Ebenfalls restriktiver als im europäischen Ausland geregelt ist das Verbot imagebezogener Slogans, Claims oder Hinweisen bei der Nennung eines Sponsors¹⁴⁶. Die politische und die religiöse Werbung sind Fernsehsendern verboten¹⁴⁷; sprachregionalen und nationalen Fernsehsendern ist zudem die Werbung für

¹³⁷ Art. 3e RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; vgl. auch Art. 13 EÜAM.

¹³⁸ In diesen Bereichen bestehen in der Schweiz gestützt auf Art. 31 Heilmittelgesetz (HMG, SR 812.21) i.V.m. Art. 14-22 Arzneimittel-Werbeverordnung (AWV, SR 812.212.5) und Art. 17 f. Tabakverordnung (TabV, SR 817.06) ohnehin schon weitgehende Beschränkungen der Werbung.

¹³⁹ Art. 3e und 15 RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; Art. 18 Abs. 5 EÜAM.

¹⁴⁰ Art. 3f RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; Art. 21 Abs. 1 EÜAM.

¹⁴¹ Art. 3g Abs. 1 RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; Art. 19 Abs. 1 und 2 EÜAM.

¹⁴² Art. 11 und 18 RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG (Keine Beeinträchtigung des Zusammenhangs der Sendungen, Beschränkung auf eine Unterbrechung alle 30 Minuten, Beschränkung der Dauer auf 20% einer vollen Stunde Sendezeit); Art. 15 und 17 EÜAM.

¹⁴³ Für die Zulässigkeit relevant bleibt die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf bestimmte Aspekte der Bestimmungen der Richtlinie «Fernsehen ohne Grenzen» über die Fernsehwerbung, ABI C102 vom 28. April 2004, S. 2 ff.

¹⁴⁴ Weber, Rundfunkrecht, Einleitung, N 56 und Art. 10, N 2. Zur Zulässigkeit strengerer Vorschriften Art. 3 Abs. 1 RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; Art. 33 Abs. 1 EÜAM.

¹⁴⁵ Art. 13 ff. RTVV i.V.m. Art. 9 Abs. 1 RTVG.

¹⁴⁶ BGer vom 20. Mai 2008, 2C_643/2007, Montres Breguet v. Bakom, E. 4 (Unzulässigkeit eines Billboards mit dem Logo «Montres Breguet – Depuis 1775»); BGer vom 20. Mai 2008, 2C_713/2007, Sat.1 (Schweiz) AG v. Bakom, E. 4 (Unzulässigkeit des Signets «SEAT auto emoción»).

¹⁴⁷ Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates möchte dagegen die Ausstrahlung politischer Radio- und Fernsehspots neu zulassen. Diese sollen von gewissen Sendern unentgeltlich ausgetrahlt werden.

Bier verboten¹⁴⁸. Nicht überraschend führen diese Verbote zu Ausweichverhalten. Jedoch können ausländische Werbefenster, welche die strengen Schweizer Vorschriften unterlaufen, ab November 2009 nicht mehr über die Schutzklausel von Art. 16 EÜGF geblockt werden¹⁴⁹. Zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen für Schweizer Sender schlägt der Bundesrat die Aufhebung des Verbots der Bierwerbung für sprachregionale und nationale Sender vor; von dieser Liberalisierung soll auch die SRG profitieren, der bisher jegliche Alkoholwerbung untersagt war¹⁵⁰. Die Gleichbehandlung der privaten Fernsehsender ist zu begrüssen. Ob hingegen auch die SRG erweiterter Finanzierungsmöglichkeiten bedarf, ist fraglich; der Bundesrat hat in seiner Botschaft zur Totalrevision des RTVG noch für strengere Werbevorschriften für die SRG geworben¹⁵¹. Der Ständerat will nun aber das Alkoholwerbeverbot auch für Bier allen Sendern vorschreiben¹⁵². Das nachverhandelte MEDIA-Abkommen sieht einen Schlichtungsmechanismus zur Durchsetzung dieser Verbote gegenüber ausländischen Sendern vor¹⁵³. Damit der Schlichtungsmechanismus erfolgreich angerufen werden kann, müssen die Verbote im Allgemeininteresse erlassen, verhältnismässig und nichtdiskriminierend sein¹⁵⁴. Es mag bezweifelt werden, ob all die genannten Verbote – etwa zur Wahrung der Chancengleichheit vor Wahlen und Abstimmungen bzw. des religiösen Friedens – heute tatsächlich noch erforderlich sind¹⁵⁵.

Die Werberegulierung hat das Abspielen von audiovisuellen Inhalten im «Vollbildmodus» im Auge, bei welchem die Inhalte den gesamten Bildschirm in Anspruch nehmen und Menüleisten und andere Navigationsinstrumente ausgeblendet werden. Im Vollbildmodus unterscheiden sich die Werbeformen bei On Demand Angeboten vom klassischen linearen Programm inhaltlich kaum. Ob die Fernsehwerberegulierung auch für Abrufdienste im Internet zugeschnitten ist, welche für ihre audiovisuellen Inhalte allenfalls nur einen Teil des Bildschirms in Anspruch nehmen, ist fraglich. Neue Werbemöglichkeiten in diesem

¹⁴⁸ Art. 10 RTVG. Die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste erlaubt dagegen Werbung für alkoholische Getränke sowohl im linearen wie auch nicht-linearen Bereich; Art. 3e Abs. 1 lit. e und Art. 15 RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG; vgl. auch Art. 18 Abs. 5 EÜAM.

¹⁴⁹ Art. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Anhang I MEDIA 2007. Oben, III.4.

¹⁵⁰ *Bundesrat*, Zusatzbotschaft MEDIA-Abkommen, S. 9114 (Aufhebung von Art. 10 Abs. 1 lit. c und Art. 14 Abs. 2 RTVG).

¹⁵¹ *Bundesrat*, Botschaft RTVG, S. 1629.

¹⁵² Amtl. Bull. S 2009 236 ff.

¹⁵³ *Bundesrat*, Zusatzbotschaft MEDIA-Abkommen, S. 9112 f.

¹⁵⁴ Art. 1 Abs. 2 Anhang I MEDIA 2007.

¹⁵⁵ Durchaus kritisch auch: *Mäder*, Politische Werbung, S. 269 ff.; *Müller/Schefer*, Grundrechte, S. 383, 387, 514; *Urs Thönen*, Politische Radio- und Fernsehwerbung in der Schweiz im Vergleich mit Deutschland, Österreich, Frankreich und Italien, Basel 2004, S. 118 ff.; EGMR Nr. 24699/94, VgT Verein gegen Tierfabriken v. Schweiz, RJD 2001-VI, N 50 ff. (unzulässig ist ein absolutes Verbot politischer Werbung) und EGMR Nr. 441179/98, Murphy v. Irland, RJD 2003-IX, N 67 ff. (zulässiges generelles Verbot religiöser Werbung und weiter Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten).

Bereich könnte der Konsument gar als unterhaltend oder wenig störend empfinden¹⁵⁶. Losgelöst von bestehenden Regulierungskonzepten kann allenfalls der allgemeine Schutzzweck der Werbeeinschränkungen Aufschluss darüber geben, ob z.B. Banner neben audiovisuellen Inhalten im Internet zulässig sein sollen. So soll die Beschränkung für Sponsoring dem Schutz der redaktionellen Freiheit der Veranstalter und der korrekten Information des Zuschauers über die Finanzierungsverhältnisse dienen¹⁵⁷. Die Beschränkung der Werbung liege «im öffentlichen Interesse, da sie der Informationsfreiheit des Publikums und dessen Schutz vor übermässiger, ungewollter Konfrontation mit Werbung dient; gleichzeitig trägt sie durch eine sachgerechte Verteilung der aus der Werbung fliessenden Mittel zum Erhalt einer pluralistischen Medienlandschaft bei»¹⁵⁸. Diese Schutzbedürfnisse sind für Abrufdienste vor dem Hintergrund einer tendenziell polypolistischen Marktstruktur mit vielen Anbietern neu zu konkretisieren. Anbieter von audiovisuellen Inhalten werden sich im Markt nicht durchsetzen, wenn sie ihre Kunden mit besonders aufdringlicher Werbung wie Pop-Up-Fenstern, Hover Ads oder Interstitials belästigen und Ausweichmöglichkeiten vorhanden sind. Der durch den Aufstieg von Abrufdiensten gestärkte Wettbewerb zwischen Anbietern von Inhalten drängt auch im klassischen Rundfunk die Argumente für eine restriktive Werberegulierung zurück. Der Revisionsbedarf ist anerkannt. Die «allenfalls erforderlichen Korrekturen» sieht das Bundesgericht aber als Aufgabe des Gesetzgebers an¹⁵⁹. Dennoch hat das Bakom die Werberegulierung in den jüngsten Werbe- und Sponsoringrichtlinien von 2009 noch verschärft. Ausreichende Werbemöglichkeiten sind für die privaten Medien zur Behauptung im Markt erforderlich und damit auch unter Vielfaltsgesichtspunkten unabdingbar. Der Schutz des Konsumenten wird durch die europäische Richtlinie mehr als sichergestellt. Dies legt den Verzicht auf ein «Swiss Finish» nahe.

5. Grundversorgungsauftrag

Im Bereich Radio und Fernsehen erfüllt hauptsächlich die SRG den verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag¹⁶⁰. Die ihr zu diesem Zweck erteilte Konzession legt neben dem Programmauftrag auch den Umfang des aus den Empfangsge-

¹⁵⁶ So z.B. die Nutzung von YouTube als Werbeplattform für eine Politsatire-Sendung (Halvseint) des Norwegischen Fernsehens (NRK); Präsentation von *Oyvind Solstad*, TV mobil – Beispiel eines Erfolges, 6. Biel-Bienne Kommunikationstage vom 25./26. Oktober 2007, verfügbar auf http://www.comdays.ch/de/prog.html#prg_jeudi. Vgl. auch betreffend Produktplatzierung *Nobel/Kaempfer*, Richtlinie, S. 63.

¹⁵⁷ BGer vom 20. Mai 2008, 2C_713/2007, Sat.1 (Schweiz) AG v. Bakom, E. 3.4.3.

¹⁵⁸ BGE 127 II 79, 85, TV3 AG v. BAKOM und UVEK.

¹⁵⁹ BGer vom 20. Mai 2008, 2C_713/2007, Sat.1 (Schweiz) AG v. Bakom, E. 4.2.

¹⁶⁰ Art. 24 Abs. 1 RTVG, zusammen mit konzessionierten Regionalsendern (Art. 38 ff. RTVG).

bühren finanzierten «übrigen publizistischen Angebots» fest¹⁶¹. Die Konzession ermächtigt die SRG, Programme – als weitere Verbreitungsform – auch über das Internet auszustrahlen (Streaming)¹⁶² und während fünf Tagen nach der Ausstrahlung unentgeltlich im Internet zugänglich zu machen¹⁶³. Nach Ablauf der fünf Tage kann die SRG für dieses On Demand Angebot kostendeckende Beiträge verlangen¹⁶⁴. Sodann stellt die SRG alle über den «Pacte de l'audiovisuel» realisierten Filme auch On Demand zum Download zur Verfügung¹⁶⁵. Über das «übrige publizistische Angebot» kann die SRG zudem multimedial aufbereitete Beiträge zur Verfügung stellen, welche zeitlich und thematisch einen direkten Bezug zu Sendungen aufweisen¹⁶⁶.

Nach Ansicht des Bundesrates ist das Online-Angebot zur Erfüllung des Leistungsauftrages notwendig; «will die SRG wettbewerbsfähig bleiben, muss auch ihr die Möglichkeit eröffnet werden, mit ihrer Konkurrenz gleichzuziehen und entsprechende Angebote vorzusehen»¹⁶⁷. Das Online-Angebot dient der Erfüllung des Leistungsauftrags demnach durch eine Verbesserung der Wettbewerbsposition der SRG in nachgelagerten Märkten. Der konkrete Beitrag des Angebots zur Förderung der «demokratischen, kulturellen, und sozialen Bedürfnisse [der] Gesellschaft»¹⁶⁸ bleibt aber wie im linearen Bereich offen. Angesichts des fehlenden Leistungsauftrags kann der allgemeine Programmauftrag im nicht-linearen Bereich nicht fortgeführt werden; das On Demand Angebot der SRG kann nur als Ergänzung des linearen Angebots seine Berechtigung haben¹⁶⁹. Die Festlegung der Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Bereich der On Demand Mediendienste steht immer noch aus. Der Weg der Konzessionsänderung kann dafür nicht beschritten werden, da Art. 25 RTVG als Grundlage der SRG Konzession zu audiovisuellen Medien On Demand nicht Stellung nimmt¹⁷⁰. Die Formulierung eines Programmauftrags im On-Demand-Bereich ist daher – trotz der bereits geschaffenen Fakten – eine Aufgabe des Gesetzgebers, welche mit Blick auf den fehlenden Leistungsauftrag für audiovisuelle Inhalte On Demand und die Grundrechte vorzunehmen ist.

¹⁶¹ Art. 25 Abs. 1 und. 3 lit. b RTVG.

¹⁶² Art. 9 SRG-Konzession.

¹⁶³ Art. 10 Abs. 1 SRG-Konzession.

¹⁶⁴ Art. 10 Abs. 2 SRG-Konzession.

¹⁶⁵ Verfügbar auf <http://www.pactevod.ch>, gestützt auf Art. 10 Abs. 3 SRG-Konzession.

¹⁶⁶ Art. 13 SRG-Konzession.

¹⁶⁷ Bundesrat, Botschaft RTVG, S. 1690.

¹⁶⁸ So etwa der Wortlaut von Protokoll Nr. 32 zum EGV über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten (1997).

¹⁶⁹ So legt auch die SRG-Konzession fest, dass die SRG Programme im Internet nicht originär verbreiten darf (Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 1 SRG-Konzessionen). Die wenigen Ausnahmen sind explizit in der Konzession geregelt (Art. 5 Abs. 3, Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 SRG-Konzession).

¹⁷⁰ Die Konzession als Verwaltungsakt kann dementsprechend die gesetzliche Grundlage weder vorwegnehmen noch ersetzen; *Dumermuth*, Rundfunkrecht, S. 60 f.

Ob aus inhaltlicher Sicht dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk im On-Demand-Bereich die gleiche Rolle wie im linearen Bereich zukommen soll, ist auch im europäischen Recht noch nicht geklärt. Die europäische Richtlinie verweist in ihrer Präambel lediglich auf frühere Beschlüsse zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ohne spezifisch auf den On-Demand-Bereich einzugehen¹⁷¹. Eine Entschliessung des Rates der EU von 1999 fordert die Mitgliedstaaten auf, den öffentlich-rechtlichen Anstalten auch weiterhin die Nutzung des technologischen Fortschritts zu ermöglichen. Die «Fähigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, der Öffentlichkeit Programme und Dienste von hoher Qualität anzubieten, [müsse] gewahrt und ausgebaut werden, einschliesslich der Entwicklung und Diversifizierung im digitalen Zeitalter¹⁷². Sodann hat die Kommission im Jahr 2001 eine Mitteilung über die Anwendung des Verbots staatlicher Beihilfen¹⁷³ auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk erlassen¹⁷⁴, welche aufgrund der Entwicklungen auf den Medienmärkten (Digitalisierung, Konvergenz) zurzeit einer Überprüfung unterzogen wird. Die Kommission wird sich wohl vermehrt am allgemein geltenden Rechtsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse orientieren wollen. Dies hätte zur Folge, dass der Leistungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Sender insbesondere im Bereich der neuen Technologien klarer gefasst und die Kontroll- und Sanktionsmechanismen gestärkt werden müssten. Während ein weiter Leistungsauftrag auch unter einem neuen europäischen Rechtsrahmen Bestand haben könnte¹⁷⁵, bestehen hinsichtlich der Überprüfungs- und Sanktionsmöglichkeiten in vielen Mitgliedstaaten Defizite¹⁷⁶. Den entsprechenden Beanstandungen der Kommission soll etwa die am 1. Juni 2009 in Kraft getretene Änderung des deutschen Rundfunkstaatsvertrags durch Implementierung eines Drei-Stufen-Tests begegnen¹⁷⁷; dieser orientiert sich am «Public Value Test» der BBC¹⁷⁸. Den öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogrammen in Deutschland stehen zukünftig die öffentlich-

¹⁷¹ RL 89/552/EG i.d.F. RL 2007/65/EG, E. 9.

¹⁷² Entschliessung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten vom 25. Januar 1999 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl C 30 vom 5. Februar 1999, S. 1.

¹⁷³ Art. 86 ff. EGV.

¹⁷⁴ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl C 320 vom 15. November 2001, S. 5 ff.

¹⁷⁵ Bundesrat, Botschaft RTVG, S. 1690; Kommission, Entwurf einer Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, N 47 ff. Zu Recht kritisch Saxer, SRG ohne Grenzen, S. 336 f.

¹⁷⁶ Seit 2001 ergingen 24 Entscheidungen über die Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten (Stand Oktober 2008); http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/decisions_psb.pdf.

¹⁷⁷ Kommission v. Deutschland, E3/2005, K(2007) 1761 endg.; zum Drei-Stufen-Test Paul Leo Giani, Online-Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender in Deutschland, medialex 13 (2008), S. 162, 163 f.

¹⁷⁸ Broadcasting – An Agreement Between Her Majesty's Secretary of State for Culture, Media and Sport and the British Broadcasting Corporation (July 2006), E. 23 ff.

rechtlichen Telemedien gleichberechtigt gegenüber¹⁷⁹. Das Angebot an Telemedien wird jedoch neu abschliessend aufgezählt¹⁸⁰. Bei Angeboten im Bereich Telemedien ist zu prüfen, ob diese Teil des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind, ob diese einen qualitativen Beitrag zum publizistischen Wettbewerb leisten und wie hoch der mit den Angeboten verbundene finanzielle Aufwand ist¹⁸¹. Die Entscheidung über die Aufnahme eines neuen oder veränderten Angebots obliegt aber den Sendern selbst (Rundfunkrat), wobei Dritten immerhin Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen ist¹⁸².

Normen wie das Verbot staatlicher Beihilfen oder die Transparenzrichtlinie¹⁸³ kennt die Schweiz freilich nicht¹⁸⁴. Eine Unterstellung der SRG unter das Finanzkontrollgesetz¹⁸⁵ hat der Gesetzgeber abgelehnt. Eine Überprüfung der SRG würde der politischen Einflussnahme die Tür öffnen; sodann sei vor dem Hintergrund der Programmautonomie nicht opportun zu prüfen, ob die finanziellen Aufwendungen die erwartete Wirkung haben¹⁸⁶. Das Subventionsgesetz¹⁸⁷ mit seinem Minimalstandard für Finanzhilfen und Abgeltungen findet nur auf private Veranstalter mit Gebührenanteil Anwendung¹⁸⁸. Für die SRG wird das SuG aber durch die Spezialnormen des RTVG weitgehend verdrängt¹⁸⁹.

An einen Programmauftrag für Abrufdienste sind hinsichtlich der Formulierung des Auftrags, der Verankerung geeigneter Überwachungsmechanismen sowie der Auswahl der Leistungsträger verschiedene Anforderungen zu stellen. Ein Auftrag für ein gebührenfinanziertes Angebot im Abrufbereich muss sich auf Inhalte beschränken, welche von privaten Medien nicht angeboten werden¹⁹⁰. Nicht zu diesen Inhalten zu zählen wären wohl ausländische Blockbuster

¹⁷⁹ § 11a Rundfunkstaatsvertrag, i.d.F. des Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrags.

¹⁸⁰ § 11d Rundfunkstaatsvertrag, i.d.F. des Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrags. Das Angebot umfasst etwa den Abruf von Programmen bis zu sieben Tage nach Austrahlung und ein zeitlich unbefristetes Archiv mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten.

¹⁸¹ § 11f Abs. 4 Rundfunkstaatsvertrag und Art. 7 des Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrags.

¹⁸² § 11f Abs. 5 und 6 Rundfunkstaatsvertrag, i.d.F. des Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrags.

¹⁸³ Richtlinie 2006/111/EG vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl L 318 vom 17. November 2006, S. 17 ff.

¹⁸⁴ Mit Ausnahme der Art. 12-14 i.V.m. Anhang Ziffer 1 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68).

¹⁸⁵ Bundesgesetz vom 28. Juni 1967 über die Eidgenössische Finanzkontrolle (Finanzkontrollgesetz, FKG, SR 614.0), nicht anwendbar nach Art. 36 Abs. 6 RTVG.

¹⁸⁶ Art. 5 FKG. Vgl. Amtl. Bull. N 2004 105 f. (Voten BR Leuenberger, Schwander).

¹⁸⁷ Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG, SR 616.1).

¹⁸⁸ Art. 40 Abs. 3 RTVG.

¹⁸⁹ So etwa Art. 34-36 RTVG.

¹⁹⁰ Art. 6 lit. c SuG analog: «wenn die Aufgabe ansonsten nicht hinreichend erfüllt würde».

und Serien sowie andere Sendungen der «leichten Unterhaltung». Schon die Zulässigkeit eines Angebots multimedial aufbereiteter News-Angebote, und noch vielmehr von webbasierten Textangeboten, ist aufgrund der diesbezüglich reichhaltigen Leistungen der freien Presse fraglich¹⁹¹. Ein über das bestehende Marktangebot hinausgehender, zusätzlicher Bedarf an On Demand Inhalten im Sinne eines meritorischen Gutes müsste erst begründet und allenfalls als Erweiterung des Leistungsauftrags verfassungsrechtlich verankert werden. Ein «Public-Value-Test», verbunden mit einem Vernehmlassungsverfahren und Rechtsmittelwegen, sollte Erweiterungen des Angebots im Abrufbereich begleiten. Die heute bestehenden Überwachungsmechanismen sind zudem für den On-Demand-Bereich unzureichend. So ist heute der Verwaltungsrat der SRG für die Erfüllung der Leistungsvorgaben verantwortlich¹⁹²; dieser kann aber eine konkrete Programmgestaltung gegenüber dem von ihm nicht gewählten Generaldirektor nur beschränkt durchsetzen¹⁹³. Aus Sicht des finanzierenden Staates könnte selbst ein offensichtlich unfähiger Generaldirektor bzw. Verwaltungsrat nicht vom Bundesrat ersetzt werden¹⁹⁴. Die SRG selbst unterliegt einer Finanzaufsicht, welche lediglich die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit, nicht aber der Zweckmässigkeit der Mittelverwendung erlaubt¹⁹⁵. Auf einen Beirat zur inhaltlichen Überwachung des Programmschaffens der SRG, wie ihn der Entwurf zum RTVG noch vorgesehen hat, wurde auf Antrag der vorberatenden Kommissionen verzichtet; der Beirat hätte ohnehin über keinerlei Weisungs- und Sanktionsbefugnisse verfügt¹⁹⁶. Das Bakom, welches von Gesetzes wegen zur Überwachung der Erfüllung des Leistungsauftrags der anderen konzessionierten Anbieter berufen ist, ist für die SRG nicht zuständig¹⁹⁷. Die Unzulänglichkeit der bestehenden Kontroll- und Sanktionsmechanismen liegt darin begründet, dass die vom SuG verlangte Überprüfung der Zweckmässigkeit und Angemessenheit der Mittelverwendung aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht durch die Zentralverwaltung erfolgen kann (Art. 17 und 93 Abs. 3 BV). Die vom Bakom nun vorgenommene «amtliche Etablierung einer wissenschaftlichen Pro-

¹⁹¹ Kellermüller, Online-Medien, S. 380; Saxer, SRG ohne Grenzen, S. 321 ff.; Weber, Rundfunkrecht, Einleitung, N 45 f. Vgl. nun § 11d Abs. 5 Rundfunkstaatsvertrag, i.d.F. des Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrags.

¹⁹² Art. 23 Abs. 2 SRG-Konzession.

¹⁹³ Art. 33 Abs. 2 RTVG (keine Einzelanweisungen hinsichtlich laufender Programmangelegenheiten); Art. 23 Abs. 3 SRG-Konzession (Pflicht zur Übertragung der Verantwortung für die Programme an einen Generaldirektor).

¹⁹⁴ Der Bundesrat bestimmt derzeit lediglich 2 der insgesamt 9 Verwaltungsräte der SRG; Art. 33 Abs. 1 RTVG («bis zu einem Viertel»); Art. 10 SRG-Statuten. Der Generaldirektor wird von der Delegiertenversammlung gewählt, auf welche der Bundesrat kaum Einfluss nehmen kann; Art. 6 f. SRG-Statuten.

¹⁹⁵ Art. 36 Abs. 7 RTVG.

¹⁹⁶ Art. 41 ff. E RTVG, insbesondere Art. 41 Abs. 3; Vgl. Amtl. Bull. S 2005 85.

¹⁹⁷ Art. 47 RTVG.

grammbeobachtung»¹⁹⁸ lagert de facto diese Überwachungsaufgabe aus. Die «Unschärfekumulation» von kaum zu fassenden Leistungszielen und der Unzulässigkeit einer strikten Zielkontrolle lässt sich in den bestehenden institutionellen Strukturen kaum lösen. Eine Fortsetzung der im linearen Bereich praktizierten Senderfinanzierung mit hauptsächlich einem Leistungsträger drängt sich daher für den On-Demand-Bereich nicht auf.

Wird die Möglichkeit der Ausstrahlung audiovisueller Inhalte im Internet nicht lediglich als neuer Verbreitungsweg, sondern als mögliche Plattform für neue Produkte und Dienstleistungen verstanden, wäre der für die Entwicklung dieser Produkte notwendige kreative Prozess nicht unbedingt in einem einzigen Unternehmen zu konzentrieren. Die Auswahl der Inhalte durch den Konsumenten vermindert die Bedeutung der Sender als «Gatekeeper»; die Notwendigkeit eines starken Schweizer Senders ist im On-Demand-Bereich weit weniger ausgewiesen¹⁹⁹. Diese Überlegungen ermöglichen im Abrufbereich den Schritt zu mehreren Leistungsträgern und damit zur direkten Produzentenfinanzierung²⁰⁰. Die Aufteilung der Subventionen auf mehrere Empfänger verhindert nicht nur die Entstehung von unberechtigten Vertrauenspositionen hinsichtlich der Finanzierung künftiger Inhalte, sondern auch entsprechend korrespondierende Abhängigkeiten. Eine Beschaffung der Grundversorgungsinhalte mittels transparenter Verfahren eröffnet den Rechtsweg an unabhängige Gerichte und mindert verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber der staatlichen Aufsicht.

Zur Konsumation der gebührenfinanzierten Inhalte kann der Konsument nicht gezwungen werden. Im linearen Bereich lenkt der Gesetzgeber die Aufmerksamkeit des Konsumenten auf Grundversorgungsinhalte, indem er die Fernmeldedienstanbieter zu deren Verbreitung auf bevorzugten Kanalplätzen zwingt²⁰¹. Anbieter von audiovisuellen Inhalten, welche nicht selbst einen Fernmeldedienst betreiben (z.B. Plattformbetreiber wie Zattoo), können heute nicht zur Verbreitung gezwungen werden²⁰². Die heute bestehende «Aufmerksamkeitssteuerung» dürfte an Bedeutung verlieren, da das Angebot von Inhalten

¹⁹⁸ Anreize zur medienkritischen Debatte – Bundesamt implementiert regelmässige Programmbeobachtung, NZZ Online (10. Juli 2008), verfügbar auf http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/anreize_zur_medienkritischen_debatte_1.780142.html.

¹⁹⁹ Für entsprechende Bedenken im linearen Bereich *Mary Debrett*, Branding Documentary: New Zealand's Minimalist Solution to Cultural Subsidy, *Media Culture and Society* 26 (2004), S. 5 ff.; *Peter Studer*, Streiflichter auf das neue Radio- und Fernsehgesetz: Einleitung, *ZSR* 125 I (2006), S. 208, 221.

²⁰⁰ *Schneider-Marfels*, *Auslandsmedien*, S. 341 ff.; *Weber*, *Finanzierung*, S. 198 ff., 202 ff.

²⁰¹ Für die leitungsgebundene Verbreitung Art. 59 ff. RTVG i.V.m. Art. 52 ff. RTVV bzw. 62 RTVG i.V.m. Art. 55 RTVV (gemäss Art. 9 der Verordnung des UVEK über Radio und Fernsehen sind die Grundversorger bei analoger Verbreitung auf die ersten Programmplätze zu setzen).

²⁰² Im Internet ohnehin fragwürdig erscheint die Beschränkung der lokalen Programme auf ihre in der Konzession festgelegten Versorgungsgebiete; immerhin ist die Pflicht zur Einhaltung der Versorgungsgebiete nur den Veranstaltern, nicht aber den Fernmeldedienstanbietern auferlegt; *Matthias Ramsauer*, Die Verbreitung von Rundfunkprogrammen nach dem revidierten Radio- und Fernsehgesetz, *Jusletter* 11. Mai 2009, N 93 und 105.

immer weniger vom Aufbau einer eigenen Verbreitungsinfrastruktur abhängig ist (wie z.B. noch bei Bluewin TV oder Cablecom). Dennoch dehnt die europäische Richtlinie die Verbreitungspflichten nicht auf reine Plattformbetreiber ohne Infrastruktur aus²⁰³. Auch der Schweizer Gesetzgeber ist gehalten, hier Zurückhaltung zu üben. Im «Kampf um die Deutungshoheit über gesellschaftliche Wirklichkeit und Wertungen»²⁰⁴ sollte der Staat einzelne Marktteilnehmer nicht derart stark privilegieren.

V. Schlussfolgerungen

Das Schweizer Recht reguliert auf Abruf verfügbare audiovisuelle Mediendienste gleich den Printmedien. Das RTVG als Gesetz der elektronischen Massenmedien erfasst lediglich das klassische Radio und Fernsehen. Die neue europäische Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste und der Entwurf eines neuen Europarats-Übereinkommens über grenzüberschreitende audiovisuelle Mediendienste rücken die Abrufdienste nun regulatorisch in die Nähe des Fernsehens, was zu Anpassungen des RTVG führen wird.

Abrufdienste sind linearen Mediendiensten technisch überlegen. Vor dem Hintergrund des kontinuierlichen Ausbaus der Telekommunikationsinfrastruktur ist damit zu rechnen, dass bald die notwendigen Bandbreiten zur Verfügung stehen, um Inhalte auf Abruf in hoher Qualität den Konsumenten in die Haushalte zu liefern. Mit dem voraussehbaren Aufstieg der Abrufdienste stellt sich die Frage des Gestaltungsanspruchs, welche der Staat an diese neuen Medien stellen muss und darf. Diese Frage ist unter Rückgriff auf die im Bereich der audiovisuellen Medien verorteten öffentlichen Interessen und die Grundrechte zu beantworten. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass sich der verfassungsrechtliche Leistungsauftrag von Art. 93 Abs. 2 BV nur an Radio und Fernsehen richtet, dass also die entsprechenden Eingriffsmotive bei anderen elektronischen Medien nicht zulässig sind. Auch die Einführung eines Zulassungsverfahrens für Abrufdienste verbietet sich vor dem Hintergrund der durch Art. 17 BV und Art. 10 EMRK gewährleisteten Medienfreiheit.

Namentlich der Jugend- und Konsumentenschutz stellen gewichtige öffentliche Interessen dar, welche Eingriffe auch in den Markt für Abrufdienste rechtfertigen. Solche Eingriffe sind im Hinblick auf die Eigenschaften dieser neuen Medien vorzunehmen; eine Übernahme der restriktiven Regelungen des linearen Bereichs ist nicht zu rechtfertigen. Auch ein «Swiss Finish», welches hinsichtlich der Werbung im linearen Bereich weiterhin aufrecht erhalten werden soll,

²⁰³ Sog. Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze; Art. 31 RL 2002/22/EG (Universalienstrichlinie) i.V.m. Art. 2 lit. a RL 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie).

²⁰⁴ *Kristina Nolte*, Der Kampf um Aufmerksamkeit: Wie Medien, Wirtschaft und Politik um eine knappe Ressource ringen, Frankfurt am Main 2005, S. 13 f.

ist mit Rücksicht auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit dieser neuen Medien abzulehnen. Die mit Blick auf linear ausgestrahlte Vollprogramme praktizierten Kulturquoten sind aufgrund der bei Abrufdiensten verstärkt zu erwartenden Marktfragmentierung, der weitgehenden Erholung der europäischen Filmindustrie und der Notwendigkeit der Schaffung niedriger Markteintrittsbarrieren für diese junge Branche kritisch zu hinterfragen. Dem Gebot einer zurückhaltenden Regulierung kann hier vor allem dadurch Genüge getan werden, dass inhaltliche Pflichten lediglich Programmen mit effektiver Massenrelevanz auferlegt werden.

Soll die SRG auch einen Programmauftrag im Abrufbereich erfüllen, muss dieser Auftrag durch den Gesetzgeber formuliert werden. Ein umfassendes Angebot der SRG im Abrufbereich birgt die Gefahr der Verdrängung entsprechender privater Initiativen in sich und ist im Hinblick auf den Beitrag an die demokratischen, sozialen, und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu beschränken («Public Value Test»). Dritte sind in den kreativen Prozess der Schaffung neuer Produkte und Dienstleistungen im Abrufbereich einzubinden. Die zur Umsetzung eines Programmauftrags erforderlichen öffentlichen Konsultationsverfahren, unabhängigen Entscheidungsinstanzen und Rechtsmittelwege sind spätestens bei der Umsetzung des Europarats-Übereinkommens über grenzüberschreitende audiovisuelle Mediendienste zu schaffen.

Literaturverzeichnis

- Aubert Jean-François/Mahon Pascal*, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003
- Bakker Gerben*, The Decline and Fall of the European Film Industry: Sunk Costs, Market Size and Market Structure, 1890-1927, LSE Working Paper No. 70/03 (2003), verfügbar auf <http://www.lse.ac.uk/collections/economicHistory/pdf/wp7003.pdf>
- Barrelet Denis*, Droit de la communication, Bern 1998
- Libertés de la Communication, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 721 ff.
- Berresford John W.*, The Scarcity Rationale for Regulating Traditional Broadcasting: An Idea whose Time has Passed, Federal Communications Commission Media Bureau Staff Research Paper (Hrsg.), Washington 2005
- Biaggini Giovanni*, Kommentar BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007
- Bullinger Martin*, Regulierung von Wirtschaft und Medien – Analysen ihrer Entwicklung, Tübingen 2008
- Bundesrat*, Botschaft vom 1. Juni 1981 über den Radio- und Fernsehartikel, BBl 1981 II 885

- Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1
 - Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, BBl 2003 1569
 - Botschaft vom 21. September 2007 zur Genehmigung des Abkommens über die Teilnahme der Schweiz am EU-Programm MEDIA für die Jahre 2007-2013 und über einen Bundesbeschluss zur Finanzierung der Teilnahme, BBl 2007 6681
 - Zusatzbotschaft zur Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Genehmigung des Abkommens über die Teilnahme der Schweiz am EG-Programm MEDIA für die Jahre 2007-2013 und über einen neuen Bundesbeschluss zur Finanzierung der Teilnahme; Änderung des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, BBl 2008 9105
- Burkert Herbert*, Art. 17, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl., Zürich et al. 2008
- Art. 93, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008
- Byron Tanya*, Safer Children in a Digital World – The Report of the Byron Review, (Hrsg.), March 2008, verfügbar auf <http://www.dfes.gov.uk/byronreview/pdfs/Final%20Report%20Bookmarked.pdf>
- Cottier Thomas*, Die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen der Filmförderung in der neuen Welthandelsorganisation WTO-GATT, ZUM 38 (1994), S. 749 ff.
- Debrett Mary*, Branding Documentary: New Zealand's Minimalist Solution to Cultural Subsidy, Media Culture and Society 26 (2004), S. 5 ff.
- Dumermuth Martin*, Rundfunkrecht, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Informations- und Kommunikationsrecht, Basel 1996
- Die Revision des Radio- und Fernsehgesetzes und das duale System, ZSR NF 125 I (2006), S. 229 ff.
- Europäische Kommission*, Entwurf einer Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, (4. November 2008), verfügbar auf http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/broadcasting_communication_de.pdf
- Achte Mitteilung über die Anwendung von Art. 4 und 5 der RL 89/552/EWG «Fernsehen ohne Grenzen» - in der Fassung der RL 97/36/EG - im Zeitraum 2005-2006, KOM(2008) 481, 2006
- Frowein Jochen Abraham*, Kommentar zu Art. 10 EMRK, in: Jochen Abraham Frowein/Wolfgang Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Kehl et al. 1996
- Giani Paul Leo*, Online-Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender in Deutschland, medialex 13 (2008), S. 162 ff.
- Gygi Fritz*, Monopolisierte Massenmedien im freiheitlichen Rechtsstaat, ZBl 76 (1975), S. 89 ff.
- Hangartner Yvo*, Unabhängigkeit vom Staat und von staatlichen Unternehmen als Voraussetzung der Medienfreiheit, AJP 14 (2005), S. 1183 ff.

- Hein Jan-Philipp*, Lizenzen für Live-Streams: Landesmedienanstalten wollen Netz-Sendungen kontrollieren, (16. Juli 2008), verfügbar auf <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,566234,00.html>
- Hettich Peter*, Sicherung der Grundversorgung bei vollständiger Deregulierung: Ein Beitrag zur bevorstehenden Aufhebung des Postmonopols in der Schweiz und der EU, ZBl 109 (2008), S. 629 ff.
- YouTube To Be Regulated? The FCC Sits Tight, While European Broadcast Regulators Make The Grab for the Internet, *St. John's Law Review* 82 (2008), S. 1447 ff.
- Hettich Peter/Haegi Urs*, Bemerkungen zu X. v. Gemeinde Galgenen, 2C_116/2007, AJP 17 (2008), S. 238 ff.
- Hoffmann-Riem Wolfgang*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung: Grundfragen, Baden-Baden 2000
- Huber Hans*, Stellungnahme zum Thema: Das Radio- und Fernsehrecht in der Schweiz, ZSR 87 II (1968), S. 633 ff.
- Jenkins Henry*, *Convergence Culture: Where old and new Media Collide*, New York 2006
- Kellermüller Hanspeter*, Das neue RTVG und die Online-Medien, ZSR 125 I (2006), S. 357 ff.
- Staatliche Massnahmen gegen Medienkonzentration, Zürich 2007
- Kiener Regina/Kälin Walter*, *Grundrechte*, Bern 2007
- Kley Andreas/Tophinke Esther*, Art. 16, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar*, 2. Aufl., Zürich et al. 2008
- Kradolfer Edi*, *Pressevielfalt Schweiz ein Überblick*, Schweiz Bundesamt für Statistik (Hrsg.), Neuchâtel 2007
- Lischka Konrad*, Online-Pornographie: Jugendschutz findet nicht statt, Spiegel Online (7. Mai 2008), verfügbar auf <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,552010,00.html>
- Luhmann Niklas*, *Die Realität der Massenmedien*, 2. Aufl., Opladen 1996
- Mäder Philipp*, Das Verbot politischer Werbung im Fernsehen: Medienwirkungen als Rechtfertigung für Grundrechtseinschränkungen?, Zürich 2007
- McDonald Kevin M.*, How would you like your Television: with or without Borders and with or without Culture – A new Approach to Media Regulation in the European Union, *Fordham Int'l L.J.* 22 (1999), S. 1991 ff.
- Meili Andreas*, Gründe und Scheingründe für eine Sonderregelung des Rundfunks: Der Weg zum neuen RTVG aus Sicht des Gesamtmediensystems, ZSR 125 I (2006), S. 263 ff.
- Müller Jörg Paul/Grob Franziska*, Kommentar zu Art. 55^{bis} aBV (Stand Mai 1995), in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Basel 1987
- Müller Jörg Paul/Schefer Markus*, *Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4. Aufl., Bern 2008

- Nobel Peter/Kaempfer Markus*, Die neue Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, EuZ 10 (2008), S. 58 ff.
- Nobel Peter/Weber Rolf H.*, Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007
- Nolte Kristina*, Der Kampf um Aufmerksamkeit: Wie Medien, Wirtschaft und Politik um eine knappe Ressource ringen, Frankfurt am Main 2005
- Palfrey John/Gasser Urs*, Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives, New York 2008
- Peduzzi Roberto*, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz: Dogmatik, System und Inhalt des grundrechtlichen Kommunikationsschutzes im Recht der BV und der EMRK, Zürich 2004
- Pitzke Marc*, Obama beschwört Amerikas Erbsünde – und gerät in Gefahr, Spiegel Online (25.März2008), verfügbarauf<http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,543113,00.html>
- Prensky Marc*, Digital Natives, Digital Immigrants, in: On the Horizon 9 (2001), verfügbar auf http://pre2005.flexiblelearning.net.au/projects/resources/Digital_Natives_Digital_Immigrants.pdf
- Ramsauer Matthias*, Die Verbreitung von Rundfunkprogrammen nach dem revidierten Radio- und Fernsehgesetz, in: Jusletter 11. Mai 2009
- Rhinow René A./Schmid Gerhard/Biaggini Giovanni*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998
- Richli Paul*, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007
- Rohter Larry/Luo Michael*, Groups Respond to Obama's Call for National Discussion About Race, NY Times (20. März 2008), verfügbar auf <http://www.nytimes.com/2008/03/20/us/politics/20race.html?ref=politics>
- Saxer Urs*, SRG ohne Grenzen? Rundfunkfremde Aktivitäten der SRG unter dem neuen RTVG, ZSR 125 I (2006), S. 309 ff.
- Schneider-Marfels Karl-Jascha*, Auslandsmedien: Heimatschutz oder Wettbewerb, ZSR 125 I (2006), S. 339 ff.
- Schorb Bernd et al.* (Hrsg.), Medienkonvergenz Monitoring Report 2008: Jugendliche in konvergierenden Medienwelten, Leipzig 2008, verfügbar auf http://www.uni-leipzig.de/~umfmed/Medienkonvergenz_Monitoring_Report08.pdf
- Simon Herbert A.*, Designing Organizations for an Information-Rich World, in: Martin Greenberger (Hrsg.), Computers, Communication, and the Public Interest, 1971
- Studer Peter*, Streiflichter auf das neue Radio- und Fernsehgesetz: Einleitung, ZSR 125 I (2006), S. 208 ff.
- Thönen Urs*, Politische Radio- und Fernsehwerbung in der Schweiz im Vergleich mit Deutschland, Österreich, Frankreich und Italien, Basel 2004
- Toffler Alvin*, The Third Wave, Toronto 1981

Vallender Klaus A./Hettich Peter/Lehne Jens, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung. Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Aufl., Bern 2006

Vonlanthen Beat, Das Kommunikationsgrundrecht «Radio- und Fernsehfreiheit»: Analyse der verfassungsrechtlichen Einbettung der elektronischen Medien in der Schweiz unter Berücksichtigung kommunikationswissenschaftlicher und grundrechtsdogmatischer Rahmenbedingungen, Freiburg, Schweiz 1987

Weber Rolf H., Vom Monopol zum Wettbewerb: Regulierung der Kommunikationsmärkte im Wandel, Zürich 1994

- Finanzierung der Rundfunkordnung, Zürich 2000
- Rundfunkrecht: Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG), Bern 2008

Weber Rolf H. et al., Kulturquoten im Rundfunk, Zürich 2006