

### 1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

14-17

#### **Bundesgericht verpflichtet SRG zur Ausstrahlung eines SRG-kritischen VgT-Werbespots**

Gesetzliche Grundlage; Meinungsäusserungsfreiheit; öffentliche und private Interessen; Verhältnismässigkeit

Art. 16 Abs. 2, 35 Abs. 2, 36 BV; Art. 2 lit. a, k, 4, 6, 9, 10 Abs. 4 RTVG

Urteil des Bundesgerichts vom 16. November 2012  
(2C\_1032/2012)

Die publisuisse SA bzw. die SRG verweigerte die Ausstrahlung eines Werbespots des VgT, der die Formulierung «was das Schweizer Fernsehen totschweigt» enthielt. Das Bundesgericht stellt nun fest, dass diese Verweigerung den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit des VgT tangiert. Da diese Einschränkung weder auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage basiert noch im öffentlichen oder privaten Interesse liegt, hat die publisuisse SA bzw. die SRG die Ausstrahlung zu Unrecht verweigert und damit die Meinungsäusserungsfreiheit des VgT verletzt.

Der VgT buchte am 29. September 2011 bei der publisuisse SA, einer Tochtergesellschaft der SRG, Werbezeit für einen selbstproduzierten Spot. Dieser bestand aus einer eingeblendeten Seite, auf der das Logo des Vereins mit dem Hinweis auf dessen Internetseite und der Ergänzung «was andere Medien totschweigen» zu sehen war. Am 15. November 2011 stellte der VgT der publisuisse SA eine überarbeitete Fassung des Werbespots zu, in dem die Formulierung «was andere Medien totschweigen» durch die Formulierung «was das Schweizer Fernsehen totschweigt» ersetzt war. Die SRG strahlte den ersten Werbespot achtzehn Mal aus. Die zweite Version erachtete sie

als geschäfts- und imageschädigend im Sinne ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Art. 10 AGB). Gegen die Nichtausstrahlung des überarbeiteten Spots gelangte der VgT an die UBI. Diese wies seine Zugangsbeschwerde am 22. Juni 2012 ab. Deshalb beantragte der VgT vor Bundesgericht, der Entscheid der UBI sei aufzuheben und die SRG sei anzuweisen, den zweiten Werbespot zur Ausstrahlung entgegenzunehmen.

Das Bundesgericht führt aus, die SRG verfüge zwar nach wie vor über eine Sonderstellung in der schweizerischen Rundfunklandschaft, könne wegen der neuen Technologieformen aber nicht (mehr) als «Monopolmedium» gelten. Vorliegend stehe nicht der Zugang zu einem redaktionellen Sendegefäss zur Diskussion, wo in erster Linie den grundrechtsbezogenen Interessen und der Programmautonomie der SRG Rechnung getragen werden müsse. Umstritten sei vielmehr die Frage, ob die SRG den abgeänderten Werbespot «was das Schweizer Fernsehen totschweigt» gestützt auf verfassungs- und konventionsrechtliche Vorgaben hätte ausstrahlen müssen.

Das Bundesgericht erwägt weiter, dass der Werbevertrag an sich den privatrechtlichen Regeln unterliegt, die SRG/publisuisse SA in diesem Bereich jedoch auch angemessen den Vorgaben von Art. 35 Abs. 2 BV Rechnung zu tragen hat. Nach dieser Bestimmung ist an die Grundrechte gebunden und hat zu deren Verwirklichung beizutragen, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt. Dies ist nach den Erwägungen des Bundesgerichts bei der SRG im Rahmen ihres programmrechtlichen Auftrags im privatrechtlich bewirtschafteten Werbebereich der Fall, da dieser als Nebenaktivität der Finanzierung ihrer Programme dient. Die SRG sei als privilegierter Konzessionär des Bundes im Werbebereich nicht gleich frei wie Private. Bei der Auswahl der zugelassenen Werbesendungen könne sich die SRG nicht in gleicher Weise wie bei redaktionellen Sendungen auf ihre Programmautonomie (Art. 6 RTVG) berufen. Denn in diesem Bereich müsse sie grundrechtsgebunden handeln, auch wenn der konkret abgeschlossene Werbevertrag privatrechtlicher Natur sei. Deshalb ist sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht nur an das Willkürverbot und den Grundsatz der Rechtsgleichheit gebunden, sondern muss generell auch dem besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte Rechnung tragen. Wer staatliche Aufgaben wahrnehme, sei bei privatrechtlichen Nebennutzungen zu einer neutralen, sachlichen Haltung verpflichtet und müsse in diesem Rahmen auch eine gewisse Kritik gegen sich selbst zulassen. Der Werbespot des VgT falle in den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV). Danach hat jede Person das Recht, ihre Meinung frei zu bilden, sie ungehindert zu äussern und entsprechend zu verbreiten. Einschränkungen sind jedoch im Rahmen von Art. 36 BV zulässig. Zwar bestehe deshalb kein Anspruch auf beliebig viel Werbung, eine kapazitätsbezogene Begrenzung sei naturgemäss nötig und zulässig. Diese müsse jedoch grundrechtskonform erfolgen. Für die Zulassung zur Werbung gelten verfassungsrechtlich vorrangig die Rechtsgleichheit sowie die Wirtschafts- und Meinungsfreiheit der Personen, die ihr Anliegen (gegen Bezahlung) verbreiten wollen, falls sie ihrerseits dabei nicht widerrechtlich handeln.

Nach den Ausführungen des Bundesgerichts konnte die SRG die Ausstrahlung des abgeänderten Spots somit nur verweigern, soweit eine gesetzliche Grundlage hierfür bestand, ihr Handeln im öffentlichen Interesse lag und die Massnahme als



verhältnismässig gelten konnte. Bei den AGB der publisuisse SA handle es sich nicht um eine gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 BV. Eine andere gesetzliche Grundlage oder ein anderes überwiegendes Interesse sei nicht ersichtlich und werde von der SRG nicht dargetan. Ein entsprechender Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit wäre auch zulässig gewesen, so das Bundesgericht weiter, wenn die Werbung die Menschenwürde missachtet, diskriminierend erscheint, zu Rassenhass beiträgt, die öffentliche Sittlichkeit gefährdet oder Gewalt verherrlicht oder verharmlost (vgl. Art. 2 lit. a i. V. m. lit. k und Art. 4 RTVG). Zudem gelten Werbungen als unzulässig, welche den Vorgaben von Art. 9 ff. RTVG nicht genügen, insbesondere solche, welche religiöse oder politische Überzeugungen herabmindern, irreführend oder unlauter sind oder zu einem Verhalten anregen, welches die Gesundheit, die Umwelt oder die persönliche Sicherheit gefährdet (Art. 10 Abs. 4 RTVG). Der umstrittene Spot fällt nach Ansicht des Bundesgerichts unter keine dieser Kategorien. Die blossе Befürchtung, die umstrittene Werbung könnte dem Ruf der SRG potenziell abträglich sein, stelle kein hinreichendes Interesse dar, die Ausstrahlung in der gewünschten Form zu verweigern. Die Weigerung, die Werbung in der gewünschten Form auszustrahlen, um unliebsame Kritik an der eigenen Programmgestaltung zu vermeiden, rechtfertige sich weder im öffentlichen noch im privaten Interesse. Die SRG und die publisuisse SA wären mangels einer gesetzlichen Grundlage bzw. eines überwiegenden öffentlichen Interesses und der gebotenen Verhältnismässigkeit deshalb gehalten gewesen, den Spot in der vom VgT gewünschten Fassung anzunehmen. Das Bundesgericht hebt deshalb den Entscheid der UBI vom 22. Juni 2012 auf und stellt fest, dass die Zugangsverweigerung zum Werbefernsehen für den Spot vom 15. November 2011 verfassungsmässige Rechte des VgT verletzt hat.

Programmautonomie berufen, da sie in diesem Bereich grundrechtsgebunden handeln» müsse (E. 3.2.2). Diese Begründung findet weder in der Verfassung (Art. 93 Abs. 3 BV) noch im Gesetz (Art. 6 RTVG) eine Grundlage. Vielmehr muss zum Schutz der institutionellen Voraussetzungen der «Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen» und der «Autonomie in der Programmgestaltung» (Art. 93 Abs. 3 BV) gewährleistet sein, dass die SRG auch im Bereich der Finanzierung durch Werbung staatsfrei und (privat-)autonom handeln kann. Es gilt zu betonen, dass der Verfassungsauftrag (Art. 93 Abs. 2 BV) die SRG nicht zur Trägerin einer «staatlichen Aufgabe» macht, auch nicht im Bereich des Werbefernsehens.

Hätte der Gesetzgeber gewollt, wie es das Bundesgericht hier voraussetzt, dass sich der Anspruch auf Zugang zum Werbeteil nach den Grundsätzen des bedingten Anspruchs auf gesteigerten Gemeingebrauch öffentlicher Sachen beurteilt, hätte er dies bei der Schaffung der Möglichkeit der Zugangsbeschwerde (Art. 94 Abs. 1 i. V. m. Art. 91 Abs. 3 Bst. b RTVG) klarstellen können. Stattdessen hat er aber für beide Fälle gleichermassen auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR verwiesen (BBl 2003 1741). Grundsätzlich gilt daher auch für den Werbeteil, dass nur in seltenen Ausnahmefällen und nur im Sinne einer Gleichbehandlung von Interessengruppen ein Anspruch auf Zugang besteht. Eine Ausnahme gilt für Fälle, bei denen ein Vertragsstaat seine «positiven Verpflichtungen» aus Art. 10 EMRK durch zu weit gefasste Werbeverbote (insb. für politische Werbung) verletzt hat (s. *Verein gegen Tierfabriken c. Schweiz*, 24699/94, 2001; *Animal Defenders International c. Vereinigtes Königreich*, 48876/08, 2013). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

Dr. iur. Thomas Steiner, Zürich

**Anmerkungen** Das Bundesgericht stellt in seinem Urteil die Werbezeit auf Sendern der SRG einer Sache im Gemeingebrauch gleich. Es wendet die Rechtsprechung (s. BGE 138 I 274) zum bedingten Anspruch auf Aushang von Werbeplakaten in den Bahnhöfen der SBB (gesteigerter Gemeingebrauch) auf die Beurteilung eines Anspruchs auf TV-Werbezeit an. Gleich wie das Benützungsgreglement der SBB seien auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der SRG bzw. der publisuisse SA keine genügende gesetzliche Grundlage zur Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit derjenigen, die öffentlichen Grund bzw. Werbezeit der SRG zur Verbreitung von Werbebotschaften beanspruchen (E. 4.1). Dieser Ansatz überzeugt nicht.

Gemäss ständiger Praxis besteht gestützt auf die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV; Art. 10 EMRK) alleine kein Anspruch auf Zugang zum Programm. Vielmehr setzt das Bundesgericht jeweils zusätzlich ein Element der Diskriminierung (Art. 8 Abs. 1 und 2 BV; Art. 14 EMRK) voraus. So haben politische Parteien und ihre Kandidaten im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen ausnahmsweise Anspruch auf *diskriminierungsfreien* Zugang zum Programm. Allfällige Ungleichbehandlungen müssen sich auf sachliche Gründe stützen (BGE 119 Ib 241 E. 4, 249; 119 Ib 250 E. 3b, 252; 136 I 167 E. 3.3.4, 174; s. a. Steiner, in: *medialex* 2012, 39). Dies muss für den Zugang zum Werbeteil gleichermassen gelten.

Das Gericht ist jedoch der Auffassung, die SRG könne sich in Bezug auf den Werbeteil «nicht in gleicher Weise auf ihre