

Vorab per E-Mail: rtvg@bakom.admin.ch

Bundesamt für Kommunikation BAKOM
Abteilung Medien
Zukunftsstrasse 44
Postfach 252
CH-2501 Biel

Bern, 1. Februar 2018

Stellungnahme zur Änderung der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 30. Oktober 2017 haben Sie uns eingeladen, bis zum 16. Februar 2018 zu den geplanten Änderungen der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV) Stellung zu nehmen. Für diese Möglichkeit der Meinungsäusserung danken wir Ihnen. Wir nehmen diese Möglichkeit hiermit fristgerecht wahr.

1. Zielgruppenspezifische Werbung

a) Vorbemerkung

Erwartungsgemäss – der Bundesrat hat solches bereits in seiner Antwort vom 4. Mai 2016 auf die parlamentarische Anfrage 16.1004 sowie in seinem Bericht zum Service Public¹ vom 17. Juni 2016 angekündigt – soll der SRG sowie den anderen konzessionierten Programmveranstaltern mittels einer Anpassung der RTVV die zielgruppenspezifische Werbung (sog. *Targeted Advertising*) zur Kompensation zukünftig sinkender Werbeerträge erlaubt werden².

Zur Umsetzung dieser neuen Werbeform hat die SRG 2015 bekanntlich zusammen mit der Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend „Swisscom“) sowie der Ringier-Verlagsgruppe (nachfolgend „Ringier“) als Joint Venture die Admeira AG (nachfolgend „Admeira“) gegründet. Damit dieser rechtlich noch nicht abschliessend aufgearbeitete Plan dieser Unternehmen überhaupt aufgeht, soll nun die dazu erforderliche rechtliche Grundlage geschaffen werden. Aus rechtsstaatlicher Sicht stehen wir dieser Vorgehensweise generell kritisch gegenüber. Das Schaffen von Fakten mit nachträglicher Rechtssetzung ist in einer Demokratie wenig vertrauensbildend.

¹ Bericht zur Überprüfung der Definition und der Leistungen des Service Public der SRG unter Berücksichtigung der privaten elektronischen Medien vom 17. Juni 2016 (nachfolgend „Service Public Bericht“)

² Service Public Bericht vom 17. Juni 2016, S. 108 f.

Weiter haben wir unsere grundsätzlichen Bedenken im Zusammenhang mit diesem Zusammenschluss und der erfolgten Bündelung der Werbeaktivitäten der beiden bundesstaatsnahen Unternehmen Swisscom und SRG mit Ringier in der Vergangenheit bereits verschiedentlich kund getan, insbesondere und ausführlich in unserem Antwortschreiben an das BAKOM vom 18. Dezember 2015 zu den uns bezüglich dieser sog. „Werbeallianz“ vom BAKOM gestellten Fragen (Aktenzeichen: 312.6/1000398136). An den dortigen Ausführungen halten wir vollumfänglich fest.

In diesem Kontext gibt es – nun direkt im Zusammenhang mit der Vorlage der RTVV-Revision – weitere Punkte zu bedenken, welche im weiteren Verordnungsgebungsprozess zwingend zu beachten sind:

b) Generelle Bemerkungen zur zielgruppenspezifischen Werbung in SRG-Programmen

Die SRG verfügt gemäss neuesten Zahlen in der Hauptsendezeit über einen Marktanteil von fast 40%. Es ist absehbar, dass mit der geplanten RTVV-Revision vor allem eine Lex SRG geschaffen wird, welche mit dem sehr hohen Marktanteil ihre Position auf dem Werbemarkt damit weiter festigen und stärken kann. Es ist aus unserer Sicht verfassungsrechtlich umstritten, ob damit dem in Art. 93 Abs. 4 BV normierten Grundsatz der Rücksichtnahme auf andere Medien Genüge getan ist. Weil die Grundlage für zielgruppenspezifische Werbung auf Verordnungsstufe umgesetzt werden soll, ist die Klärung dieser Frage auch über den Gerichtsweg denkbar (akzessorische Normenkontrolle). Es bleibt letztlich dem Bundesrat überlassen, ob er dieses prozessuale Risiko eingehen will. Art. 22 Abs. 1^{ter} und Abs. 2 Bst. b und c neu-RTVV reichen zur Erfüllung dieser Rücksichtnahme aus unserer Sicht für eine Verfassungskonformität jedenfalls nicht aus:

Art. 22 Abs. 1^{ter} neu-RTVV, wonach Zielgruppenwerbung nicht ausschliesslich geografisch definiert sein dürfe, ist durchlässig und lässt viel Raum für Interpretation. Jedenfalls kann damit die SRG als einziger konzessionierter nationaler Veranstalter in Tätigkeitsgebieten von regional konzessionierten Veranstaltern werbetechnisch spezifizierte Angebote lancieren. Das ist aus unserer Sicht medienrechtlich heikel. Unter Druck kommen dabei – neben privaten Medien – nämlich paradoxerweise vor allem auch regionale Konzessionssendeunternehmen, deren wirtschaftliches Fortkommen damit im dualen Finanzierungssystem vom nationalen Konzessionssender erheblich erschwert wird. Damit werden der Sinn und die Wirksamkeit von Gebührenleistungen an diese Regionalsender untergraben. Wir als Verbreiter von regionalen konzessionierten Fernsehprogrammen haben generell ein grosses Interesse an qualitativ hochstehenden Must Carry-Programmen (wozu auch die regionalen Konzessionsprogramme gehören), entsprechend wir Massnahmen, die zu einer wirtschaftlichen Schwächung dieser Programme führen, mit Skepsis begegnen.

Das Argument, auch ein regionaler (konzessionierter) Programmveranstalter könne zielgruppenspezifische Werbung anbieten, greift nicht, weil dieser gerade im geografischen Bereich über sein Tätigkeits- und Berichterstattungsgebiet schon heute eine geografische Zielgruppe adressiert und die Werbung faktisch bereits heute auf diese Zielgruppe ausrichtet. Weiter fehlt kleineren Programmveranstaltern aus ökonomischer Sicht die kritische Grösse, um noch zielgruppenspezifischere Werbung anzubieten.

Art. 22 Abs. 2 Bst. b und c neu-RTVV enthalten zum Schutz der übrigen Medien zwar eine zeitliche Beschränkung der zielgruppenspezifischen Werbung in den Programmen der SRG. Dies ist zwar im Grundsatz zu begrüssen. Indessen hilft diese Begrenzung als Korrektiv im Zusammenhang mit einem Marktanteil von 40% in der Hauptsendezeit wenig. Ferner enthält Art. 22 Abs. 2 Bst. b neu-RTVV für die Hauptsendezeit den Begriff der "längerdauernden Werbeformen". Was darunter zu verstehen ist, ergibt sich weder aus dem erläuternden Bericht, noch aus dem RTVG und der RTVV.

Unsere Kritik gilt nicht der zielgruppenspezifischen Werbung an sich. Wenn diese jedoch für die SRG eingeführt

wird, sind die Rahmenbedingungen sorgfältig zu setzen. Dementsprechend haben wir die folgenden Bemerkungen und Anträge zur Vorlage:

c) Zur Verbreitung von Programmen mit zielgruppenspezifischer Werbung

(1) Vorbemerkung

Nachdem der SRG sowie den anderen konzessionierten Programmveranstaltern basierend auf den vorgeschlagenen Anpassungen der RTVV zielgruppenspezifische Werbung erlaubt werden soll, wird es den bestehenden ökonomischen Regeln folgend in der Schweiz erstmals zu einer Aufteilung der Werbeerträge bei sogenannten Must Carry-Programmen kommen.

Um zielgruppenspezifische Werbung ins Programm aufnehmen zu können, ist der Programmveranstalter auf die Nutzungs- und allenfalls die persönlichen Daten der Kunden des programmverbreitenden Unternehmens (ergo unserer Mitglieder) angewiesen. Für diese Daten wird das Verbreitungsunternehmen einen Anteil am Werbeertrag fordern, d. h. es wird zukünftig auch kommerzielle Vereinbarungen zu verbreitungsprivilegierten Rundfunkprogrammen geben (was im erläuternden Bericht zu Art. 51a neu-RTVV richtigerweise auch festgestellt wird). Bei Admeira ist davon auszugehen, dass diese Fragen mit Bezug auf die Daten von Swisscom-Kunden und deren Entschädigung bereits im Gründungsstatut geregelt wurden. Andere Verbreitungsunternehmen werden dies mit den Programmveranstaltern vertraglich aushandeln müssen, sollten sie zukünftig daran Interesse haben und technisch in der Lage sein, ihre Kundschaft zielgruppenspezifisch mit einer entsprechenden Programmversion bedienen zu können.

(2) Sicherstellung von nicht-diskriminierenden Bedingungen für die Verbreitung auf vertraglicher Basis (Angebots- und Meistbegünstigungsverpflichtung der Programmveranstalter)

Während Art. 51a neu-RTVV die Frage klärt, was in Bezug auf die Verbreitungspflicht gilt, wenn ein Verbreitungsunternehmen ein Programm mit zielgruppenspezifischer Werbung nicht verbreiten will bzw. aus technischen Gründen nicht verbreiten kann, ist nicht geklärt, was zu gelten hat, wenn Verbreitungsunternehmen mit dem Programmveranstalter einen Vertrag über die Verbreitung der zielgruppenspezifischen Werbung abschliessen wollen, der Programmveranstalter aber aufgrund seiner Verhandlungsmacht die Bedingungen einer Verbreitung diktiert.

Aufgrund des zwischen der SRG und Swisscom bereits bestehenden Joint Venture (mit seinen gegenseitigen kommerziellen Verpflichtungen) besteht hier bereits heute eine Ungleichbehandlung auf der Stufe der Programmverbreitung. Eine weitere Ungleichbehandlung in Bezug auf die Rahmenbedingungen der Verbreitung von Programmen mit zielgruppenspezifischer Werbung resultiert aus dem Umstand, dass es Verbreitungsunternehmen verschiedenster Grösse gibt, die gegenüber einem Programmverbreiter beim Abschluss von Verbreitungsverträgen über keinerlei Verhandlungsmacht verfügen. Im Worst Case führt dies dazu, dass für grössere Programmverbreiter – gleich wie Swisscom im Joint Venture Admeira – die Chance besteht, an den Erträgen kundenspezifischer Werbung zu partizipieren, für kleine Programmverbreiter hingegen nicht. Dieser Gefahr von Marktverzerrungen muss in der revidierten RTVV begegnet werden, wenn man konzessionierten Programmveranstaltern die zielgruppenspezifische Werbung zugestehen will.

Dazu ist folgendes zu bedenken: Dem erläuternden Bericht zu den Verordnungsänderungen kann entnommen werden, dass es ein Anliegen des Verordnungsgebers ist (richtigerweise ist es seine verfassungsmässige Pflicht gemäss Art. 93 Abs. 4 BV), Rücksicht auf andere Medienunternehmen zu nehmen, und er deshalb verschiedene Beschränkungen dieser Werbeform vorsieht. Weitergehend sollte in gleicher Absicht aber auch der Situation

auf dem Markt für die Verbreitung von Rundfunkprogrammen Rechnung getragen und Rücksicht auf die Heterogenität der Verbreitungsunternehmen genommen werden. Den bereits mit einem Verbreitungsrecht privilegierten Programmveranstaltern sollen ja nun weitere Ertragsquellen erschlossen werden. Kleinere Verbreitungsunternehmen werden aber kaum in der Lage sein, die gleichen Konditionen wie beispielsweise die Swisscom mit ihren rund 1,45 Mio. TV-Anschlüssen aushandeln zu können, da die Programmveranstalter aus werbeökonomischen Überlegungen nicht auf sie angewiesen sein werden. Die SRG wird sich deshalb auf den Abschluss von Verbreitungsverträgen mit grossen Verbreitungsunternehmen fokussieren, was sie ja bereits mit Admeira tut. Für die restliche Werbeabdeckung und -reichweite besitzt sie weiterhin das Verbreitungsprivileg gemäss Art. 59 Abs. 1 RTVG. Es ist deshalb davon auszugehen, dass kleineren Verbreitungsunternehmen im Vergleich zu deren grossen Konkurrenten in einer unregulierten Marktsituation nicht das gleiche Verhandlungspotential zur Verfügung stehen wird und es diesen unmöglich sein wird, gleiche Verbreitungsverträge für konzessionierte Programm mit zielgruppenspezifischer Werbung abzuschliessen wie Swisscom und andere grössere Verbreiter. Es ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass demgegenüber alle Verbreitungsunternehmen ihre Dienstleistungen im Sinne der Medienvielfalt allen Programmveranstaltern (ungeachtet von deren Grösse und deren Finanzierungsform) chancengleich, angemessen und nicht diskriminierend anzubieten haben (Art. 51 Abs. 2 RTVG).

Gleiches ist nun aber auch zu fordern für Programmveranstalter, welche zielgruppenspezifische Werbung anbieten und ausstrahlen. Es muss dazu – neben Art. 51a neu-RTVV – eine Verpflichtung der konzessionierten Programmveranstalter geschaffen werden, welche für den Fall des Angebots zielgruppenspezifischer Werbung und deren Ausstrahlung eine Verpflichtung vorsieht, mit allen Verbreitungsunternehmen in kommerzieller Weise nicht-diskriminierende Vereinbarungen zu treffen, falls ein Verbreitungsunternehmen dies wünscht (nicht-diskriminierende Angebotsverpflichtung, Meistbegünstigungsverpflichtung der Programmveranstalter beim Abschluss von Verträgen über die Verbreitung zielgruppenspezifischer Werbung).

(3) Ausschluss der Verbreitungspflicht

Weiter haben wir zu Art. 51a neu-RTVV die folgenden Bemerkungen:

Wir begrüssen, dass für die zielgruppenspezifische Werbung von konzessionierten Veranstaltern grundsätzlich keine Verbreitungspflicht im Sinne von Art. 59 Abs. 1 RTVG besteht und hier das Verhandlungsprimat zum Zuge kommt. Folglich kann die mit der gesetzlichen Verbreitungspflicht eigentlich zu gewährleistende Signalintegralität (vgl. Art. 45 Abs. 1 RTVV) bei der leitungsgebundenen Weiterverbreitung unseren Mitgliedern nicht entgegengehalten werden. Zu dieser richtigen Klarstellung gibt es zwei Punkte, die mit Blick auf die Rechtssicherheit jedoch noch zu klären sind:

Erstens ist zu klären, welches Programmsignal letztlich integral gemäss Art. 59 RTVG zu verbreiten ist. Wird das „Originärprogramm“ (= Programm ohne zielgruppenspezifische Werbung) vom Programmveranstalter bestimmt, oder ist es dem Programmverbreiter freigestellt, welches Programm er letztlich in seinem technischen Foot Print verbreitet. Die Frage mag banal erscheinen, ist aber im Hinblick darauf zu beantworten, dass in Zukunft mehrere Signalversionen eines konzessionierten Programms in Umlauf gebracht werden. Unsere Mitglieder müssen aus operativer Sicht jedoch zu jeder Zeit wissen, welche Version nun zu verbreiten ist und welche nicht, um Art. 59 Abs. 1 RTVG rechtskonform zu erfüllen.

Zweitens haben wir eine Anregung zur systematischen Platzierung des neuen Art. 51a neu-RTVV: Heute ist in Art. 45 Abs. 1 RTVV vorgesehen, dass zugangsberechtigte Programme und verbreitungspflichtige gekoppelte Dienste (im Sinne von Art. 46 RTVV) zeitverzugslos, unverändert und vollständig verbreitet werden müssen. Wir regen an, dass entweder Art. 45 Abs. 1 RTVV am Ende mit dem Inhalt des vorgeschlagenen Art. 51a neu-

RTVV ergänzt wird, oder nach Art. 45 Abs. 1 RTVV ein neuer Abs. 1^{bis} eingefügt wird, welcher die in Abs. 1 normierte unveränderte Signalweiterverbreitung für zielgruppenspezifische Werbung aufhebt („Für die zielgruppenspezifische Werbung besteht keine Verbreitungspflicht“).

d) Forderungen Suissedigital zu den Regelungen zielgruppenspezifischer Werbung

Forderungen Suissedigital:

Art. 51a neu-RTVV: Inhaltlich belassen; jedoch neu als neuer Abs. 1^{bis} von Art. 45 RTVV.

Neue Bestimmung: Angebots- und Meistbegünstigungsverpflichtung zu Lasten konzessionierter Veranstalter für Verträge über die Verbreitung von Programmen mit zielgruppenspezifischer Werbung, sofern sich ein Verbreitungsunternehmen für eine Verbreitung von Programmen mit zielgruppenspezifischer Werbung vertraglich verpflichten will.

2. Unterstützung der SDA

Wir sehen keine Notwendigkeit, die Schweizerische Depeschagentur AG (SDA) namentlich in die Verordnung aufzunehmen. Die SDA mag zurzeit die einzige Nachrichtenagentur der Schweiz zu sein, dies muss aber nicht immer so bleiben (vgl. dazu Entstehungsgeschichte der heutigen SDA). Die Auswahl ist in Zeiten zunehmender Quellen – insbesondere auch audiovisueller Berichterstattungsformen – und Verbreitungswege sehr subjektiv und willkürlich. Der Zeitpunkt dieser Massnahme im Kontext bestehender Diskussionen über die Gebührenfinanzierung erstaunt zudem.

Forderung Suissedigital:

Art. 44a neu-RTVV: Ersatzlose Streichung

Wir danken Ihnen im Voraus, dass Sie unsere Argumente in die weitere Bearbeitung der fraglichen Verordnungsbestimmungen einbeziehen und unsere Anträge berücksichtigen. Für Fragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

SUISSEDIGITAL – Verband für Kommunikationsnetze

Dr. Simon Osterwalder, Rechtsanwalt
Geschäftsführer

Stefan Flück, Fürsprecher LL.M.
Leiter Rechtsdienst