

Digitalisierung des medialen Service public durch die Hintertür – Probleme der konzessionsrechtlichen Ausgestaltung des Online-Angebots im üpA der SRG

JULIAN-IVAN BERIGER*

Das Online-Angebot der SRG wird derzeit durch seine Einordnung im üpA (Art. 25 Abs. 3 lit. b RTVG) ausschliesslich durch die SRG-Konzession konkretisiert. Im Entwurf zum Bundesgesetz über elektronische Medien ist eine rechtliche Neuerfassung des Online-Angebots der SRG vorgesehen, wodurch die SRG-Konzession in diesem Bereich entlastet würde.

À l'heure actuelle, les offres en ligne de la SSR sont concrétisées uniquement par la concession SSR, parce qu'elles sont qualifiées comme éléments des autres services journalistiques de la SSR (art. 25 al. 3 lit. b LRTV). Le projet de la loi sur les médias électroniques prévoit une nouvelle conception juridique des offres en ligne de la SSR, ce qui permettrait de décharger la concession SSR dans ce domaine.

- I. Einleitung
 - II. Steuerungskraft der SRG-Konzession bei der Ausgestaltung des Online-Angebots im RTVG
 - 1. Bestandteil des üpA der SRG
 - 2. Notwendigkeitskriterium
 - 3. Konkretisierung in der SRG-Konzession
 - III. Legitimationsrechtliche Probleme
 - 1. Verhandlungsspielraum der SRG im vertraglichen Konzessionsteil
 - 2. Erteilung durch den Bundesrat
 - IV. Entlastung der SRG-Konzession im Entwurf zum BGeM
 - 1. Allgemein
 - 2. Online-Angebot als Bestandteil des nicht linearen Medienangebots der SRG
 - 3. Einschränkung des Verhandlungsspielraums der SRG
 - 4. Erteilung durch die Kommission für elektronische Medien
 - V. Würdigung
- Zusammenfassung / Résumé

I. Einleitung

Vom 19. Dezember 2017 bis 12. April 2018 wurde die Vernehmlassung zum Entwurf für eine neue SRG-Konzession¹ durchgeführt, da die aktuell geltende Konzession² am 31. Dezember 2018 ausläuft. Der Konzessionsentwurf erwähnt die Online-Beiträge der SRG in Art. 3 Abs. 1 neu ausdrücklich zusammen mit der Veranstaltung von Radio- und TV-Programmen als Teil des publizistischen Angebots der SRG³.

Das RTVG⁴ geht demgegenüber davon aus, dass die Service-public-Leistungen der SRG primär durch die Veranstaltung von Radio- und TV-Programmen erbracht werden (Art. 24 RTVG «Programmauftrag»)⁵. Das Online-Angebot wird in Art. 25 Abs. 3 lit. b RTVG lediglich zum «übrigen publizisti-

* Dr. iur., Postdoc, Universität Zürich/Zentrum für Demokratie Aarau.

¹ Entwurf zur neuen SRG-Konzession (2019–2022) vom 19. Dezember 2017 (im Folgenden: E-KonzSRG). Der Entwurf und sämtliche Vernehmlassungsunterlagen (Bericht, Stellungnahmen etc.) dazu sind abrufbar unter <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/vernehmlassungen/vernehmlassung-srg-konzession.html> (6. Juli 2018).

² SRG-Konzession vom 28.11.2017, konsolidierte Fassung, Stand: 1. Oktober 2017 (im Folgenden: KonzSRG).

³ Damit soll der wachsenden Bedeutung des Online-Angebots der SRG als Element des medialen Service public Rechnung getragen werden. Erläuternder Bericht des BAKOM zur Konzession für die SRG SSR vom 19. Dezember 2017 (im Folgenden: Bericht BAKOM 2017), 2.

⁴ Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 24. März 2006, SR/RS 784.40.

⁵ R. WEBER, Rundfunkrecht – Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG), Bern 2008, RTVG 24 N 9; B. ROSTAN, in: B. Rostan/B. Cottier/N. Capt (Hg.), Loi sur la radio-télévision, Commentaire, Bern 2014, LRTV 24 N 1.

schen Angebot» (üpA) der SRG gezählt, das in der SRG-Konzession konkretisiert wird. Die Anpassung des Service-public-Angebots der SRG an die Digitalisierung erfolgt deshalb zurzeit auf dem Konzessionsweg («durch die Hintertür»), was aus legitimationsrechtlicher Sicht nicht unproblematisch ist. Im Falle der Annahme des sich zurzeit in der Vernehmlassung befindlichen Entwurfs zum Bundesgesetz über elektronische Medien (E-BGeM)⁶ könnte die SRG-Konzession entlastet werden.

Im vorliegenden Beitrag werden einige Probleme der derzeitigen konzessionsrechtlichen Ausgestaltung des Online-Angebots der SRG und deren Neuregelung im E-BGeM beleuchtet. Dazu wird als Erstes auf die besondere Steuerungskraft der SRG-Konzession im Verhältnis zum Online-Angebot der SRG im RTVG eingegangen (II.) und aus legitimationsrechtlicher Sicht problematische Aspekte des Konzessionsverfahrens untersucht (III.). Danach wird die Möglichkeit der Entlastung der SRG-Konzession im E-BGeM aufgezeigt (IV.) und die Ergebnisse einer Würdigung unterzogen (V.).

II. Steuerungskraft der SRG-Konzession bei der Ausgestaltung des Online-Angebots im RTVG

1. Bestandteil des üpA der SRG

Die SRG bietet Inhalte im «übrigen publizistischen Angebot» an, die nach Art. 25 Abs. 3 lit. b RTVG zur Erfüllung des Programmauftrags notwendig sein müssen und durch die SRG-Konzession konkretisiert werden. Nach Art. 12 Abs. 1 KonzSRG besteht das üpA derzeit aus (1.) dem Online-Angebot, (2.) dem Teletext, (3.) programmassozierten Informationen (Tonkanäle, Untertitelung, Steuersignale etc.), (4.) dem publizistischen Angebot für das Ausland und (5.) Begleitmaterialien zu einzelnen Sendungen. Im aktuellen Konzessionsentwurf werden zusätzlich der Dienst Hybrid Broadcast Broadband TV (HbbTV) und das multimediale Angebot für die italienische Sprachregion erfasst (Art. 18 Abs. 1 lit. c und d E-KonzSRG).

Das Online-Angebot im üpA der SRG umfasst derzeit v.a. den Betrieb der gebührenfinanzierten Online-Portale der SRG auf sprachregionaler Ebene (srf.ch, rts.ch, rsi.ch und rtr.ch)⁷ und von Seiten auf Social-Media-Plattformen, wie YouTube, Twitter und Facebook⁸.

2. Notwendigkeitskriterium

Die einzige gesetzliche Anforderung, welche das RTVG an das üpA und damit auch das Online-Angebot der SRG stellt, ist die Notwendigkeit in Bezug auf die Erfüllung des Programmauftrags (Art. 25 Abs. 3 lit. b RTVG). Ansonsten würde sich eine Finanzierung aus den Empfangsgebühren nicht rechtfertigen⁹.

Der Programmauftrag der SRG wird in Art. 24 RTVG und Art. 2 KonzSRG sehr offen umschrieben. Damit soll einerseits eine flexible Anpassung des Leistungsangebots der SRG an den digitalen Wandel ermöglicht werden, andererseits wird damit der Unabhängigkeit der Rundfunkveranstalter vom Staat (Art. 93 Abs. 3 BV) und der Medienfreiheit der SRG (Art. 17 Abs. 1 BV) Rechnung getragen¹⁰.

Durch die Bindung des üpA und damit auch des Online-Angebots der SRG an den offen formulierten Programmauftrag in Art. 25 Abs. 3 lit. b RTVG wird die konkrete Ausgestaltung des Online-Angebots

⁶ Die Vernehmlassung dauert vom 21. Juni bis 15. Oktober 2018. Der Gesetzesentwurf ist abrufbar unter <www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/vernehmlassungen/vernehmlassung-zum-neuen-bundesgesetz-ueber-elektronische-medien.html> (8. Juli 2018).

⁷ Diese enthalten Beiträge (mit oder ohne Sendungsbezug) zu aktuellen Themen (News, Sport, Kultur etc.) sowie Informationen zu Sendungen und Services (Wetter etc.). Vgl. dazu z.B. die Angaben von SRF zu seinem Online-Portal auf <www.srf.ch/unternehmen/publizistisches-angebot/multimediale-angebote/multimediale-angebote> (2. Juli 2018).

⁸ Vgl. das Angebot der SRG auf <www.srgssr.ch/de/unser-angebot/> (8. Juli 2018). Das Online-Angebot im üpA der SRG ist von weiteren Online-Aktivitäten der SRG abzugrenzen, wie z.B. der Verbreitung von Programmen über das Internet (Streaming) nach Art. 9 KonzSRG oder der Zugänglichmachung von Sendungen im Internet (Art. 10 KonzSRG).

⁹ U. SAXER, Die Online-Aktivitäten der SRG und ihre rechtlichen Grenzen, sic! 2011, 700; ROSTAN (Fn. 5), LRTV 25, N 32; M. DUMERMUTH, Die Revision des Radio- und Fernsehgesetzes und das duale System, ZSR I 2006, 249.

¹⁰ R. WEBER, Service public und Regulierung in der Schweiz, in: P. Donges (Hg.), Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, Köln 2003, 201; DUMERMUTH (Fn. 9), 244 ff. Kritisch zur Konturlosigkeit des Programmauftrags und der damit verbundenen fehlenden Justiziabilität U. SAXER/F. BRUNNER, Der Service public, die digitale Revolution und die Medienverfassung, AJP 2018, 28, 31 f.; U. SAXER, Regulierungsgrenzen nationaler Medienordnungen – Die Schweiz als Beispiel, in: O. Jarren/P. Donges (Hg.), Ordnung durch Medienpolitik?, Konstanz 2007, 247 f.; WEBER (Fn. 5), RTVG 24 N 2.

der SRG vom Gesetzgeber vollständig an den Bundesrat als Konzessionsbehörde (und die SRG als Vertragspartnerin) in der SRG-Konzession delegiert¹¹.

3. Konkretisierung in der SRG-Konzession

a) Anpassung des Leistungsangebots der SRG an die Digitalisierung

Die Mediennutzung, insbesondere der jüngeren Generation, verlagert sich zunehmend ins Internet, was anhand des abnehmenden TV-Konsums unter gleichzeitiger aktiver Nutzung von Online-Angeboten aufgezeigt werden kann¹². Im Rahmen seiner Integrations- und Identifikationsfunktion erhebt das Service-public-Angebot der SRG den Anspruch, die gesamte Bevölkerung und insbesondere auch das jüngere Publikum zu erreichen¹³. Aus diesem Grund besteht ein gewichtiges Interesse daran, das Service-public-Angebot der SRG an den digitalen Wandel anzupassen¹⁴.

Vor diesem Hintergrund lässt sich eine Tendenz zur konzessionsrechtlichen Ausweitung des Online-Angebots der SRG ausmachen. Dieses war ursprünglich als Ergänzung und Vertiefung zum Programmangebot der SRG konzipiert und diente daneben der Publikumsbindung¹⁵. Im Jahr 2013 wurde es durch eine Konzessionsänderung¹⁶ erweitert, indem neu Online-Beiträge ohne Sendungsbezug zugelassen wurden (Art. 13 Abs. 3 KonzSRG/Art. 18 Abs. 2 lit. c E-KonzSRG)¹⁷. Der Entwurf zur neuen SRG-Konzession geht noch einen Schritt weiter, indem er Online-Beiträge der SRG in Art. 3 Abs. 1 faktisch auf eine Stufe mit Radio- und TV-Programmen stellt. Zusätzlich werden in Art. 18 Abs. 1 lit. c und d E-KonzSRG neue internetbasierte Angebote vorgesehen, und zwar der Dienst HbbTV und das multimediale Angebot für die italienische Sprachregion.

b) Rücksichtnahmegebot

Das gebührenfinanzierte Online-Angebot der SRG steht in direkter Konkurrenz zu demjenigen privater Presseverlage, die ihr Angebot jedoch nicht durch Empfangsgebühren finanzieren können, weshalb es zu Wettbewerbsverzerrungen kommt. Aus dem Gebot der Rücksichtnahme auf die Stellung und die Aufgabe anderer Medien, vor allem der Presse in Art. 93 Abs. 4 BV ergibt sich deshalb eine Pflicht zur Beschränkung des Online-Angebots der SRG¹⁸.

Einige Stimmen in der Lehre leiten aus Art. 93 Abs. 4 BV i.V.m. Art. 25 Abs. 3 lit. b RTVG (Notwendigkeitskriterium) ab, dass das Online-Angebot der SRG im aktuellen Rechtsgefüge nur als Ergänzung und Vertiefung zum Programmangebot der SRG ausgestaltet sein könne¹⁹.

¹¹ DUMERMUTH (Fn. 9), 250; ROSTAN (Fn. 5), LRTV 25 N 26, 32; Bericht des Bundesrats zur Überprüfung der Definition und der Leistungen des Service public der SRG unter Berücksichtigung der privaten elektronischen Medien vom 17. Juni 2016 in Erfüllung des Postulats 14.3298 der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerats (im Folgenden: Bericht BR 17. Juni 2016), 43.

¹² Nach Angaben des Bundesamts für Statistik (Tabelle vom 13. Juli 2017) ist der tägliche Fernsehkonsum der 15- bis 29-Jährigen von 1995 bis 2016 in allen Sprachregionen der Schweiz stark zurückgegangen. Gleichzeitig zeigt eine andere Statistik (Tabelle vom 12. Februar 2018), dass grosse Teile der jüngeren Bevölkerung Online-Aktivitäten nachgehen, wie z.B. Nachrichten und Zeitungen im Internet lesen, online Musik hören oder Videos on Demand anschauen, online Fernsehen oder Radio hören. Sämtliche Tabellen sind abrufbar von <www.bfs.admin.ch> (2. Juli 2018). Vgl. zur veränderten Mediennutzung auch den erläuternden Bericht des UVEK zur Vernehmlassung zum Entwurf eines neuen Bundesgesetzes über elektronische Medien vom 21. Juni 2018 (im Folgenden: Bericht E-BGeM), 7 ff.; U. MEISTER/M. MANDL, Medienförderung im digitalen Zeitalter – Reformagenda für einen technologie- und wettbewerbsneutralen Service public, Zürich 2014, 29 f.

¹³ Bericht BR 17. Juni 2016 (Fn. 11), 88, 105; zur Integrationsfunktion WEBER (Fn. 5), RTVG 24 N 4 f.

¹⁴ Zur «Entwicklungsoffenheit» des Programmauftrags DUMERMUTH (Fn. 9), 247 ff.; ROSTAN (Fn. 5), LRTV 25 N 41; Bericht BR 17. Juni 2016 (Fn. 11), 88.

¹⁵ ROSTAN (Fn. 5), LRTV 25 N 30 f.; BBI 2003, 1689. Zulässig waren nach (alt) Art. 13 Abs. 1 KonzSRG Beiträge, die einen zeitlich und thematisch direkten Bezug zu Sendungen aufweisen (lit. a), Hintergrund- und Kontextinformationen, die als Basis von Sendungen gedient haben (lit. b), Informationen zu Basiswissen mit Bezug zu bildenden Sendungen (lit. c) und an Sendungen gekoppelte Publikumsforen und Spiele ohne eigenständige Bedeutung (lit. d).

¹⁶ Änderung der SRG-Konzession vom 1. Mai 2013, BBI 2013, 3291 f.

¹⁷ ROSTAN (Fn. 5), LRTV 25 N 35.

¹⁸ P. HETTICH/M. SCHELKER, Medien im digitalen Zeitalter – Neugestaltung des Programmauftrags aus ökonomischer und rechtlicher Sicht, Zürich 2016, 50 f., 117 f.; WEBER (Fn. 5), RTVG 25 N 14; SAXER (Fn. 9), 696, 699; SAXER/BRUNNER (Fn. 10), 29; C. GRABER/P. ZURKINDEN, SRG-Gebühren: Ein zulässiger Hebel ins Internet?, Medialex 2005, 222 f.

¹⁹ HETTICH/SCHELKER (Fn. 18), 50 f., 115; H. KELLERMÜLLER, Das neue RTVG und die Online-Medien, ZSR I 2006, 379 f.; SAXER (Fn. 9), 700 f.; WEBER (Fn. 10), 203 f.

Bei der konzessionsrechtlichen Ausgestaltung wird dem Rücksichtnahmegebot in Art. 93 Abs. 4 BV dadurch Rechnung getragen, dass das Online-Angebot im üpA der SRG inhaltlich und zeitlich (bei einem Sendungsbezug) oder quantitativ (bei Fehlen eines Sendungsbezugs) beschränkt wird²⁰. Nach Art. 13 Abs. 1 KonzSRG/Art. 18 Abs. 2 lit. a E-KonzSRG bilden Audio- und audiovisuelle Inhalte den Schwerpunkt des Online-Angebots der SRG, um die Unterscheidbarkeit von privaten Angeboten zu erhöhen²¹.

Online-Inhalte mit Sendungsbezug weisen nach Art. 13 Abs. 2 KonzSRG (Art. 18 Abs. 2 lit. b E-KonzSRG) einen zeitlich und thematisch direkten Bezug zu redaktionell aufbereiteten Sendungen oder Sendungsteilen auf²². In Art. 13 Abs. 3 KonzSRG (Art. 18 Abs. 2 lit. c E-KonzSRG) wird der Umfang von Beiträgen ohne Sendungsbezug in den Sparten News, Sport und Regionales/Lokales auf 1000 Zeichen beschränkt. 75% der Textbeiträge, die nicht älter als 30 Tage sind, müssen mit Audio- oder audiovisuellen Inhalten verknüpft werden (Art. 13 Abs. 4 KonzSRG/Art. 18 Abs. 2 lit. d E-KonzSRG). Auch beim neu vorgesehenen multimedialen Angebot für die italienische Sprachregion finden die genannten Beschränkungen sinngemäss Anwendung (Art. 18 Abs. 3 lit. a E-KonzSRG).

III. Legitimationsrechtliche Probleme

Angesichts der durch das Online-Angebot der SRG tangierten verfassungsrechtlich geschützten Interessen privater Marktteilnehmer (Art. 17 Abs. 1 BV und Art. 93 Abs. 4 BV)²³ sind Konkretisierung und Anpassung des Online-Angebots an die Digitalisierung auf dem Konzessionsweg aus legitimationsrechtlicher Sicht nicht unbedenklich²⁴.

1. Verhandlungsspielraum der SRG im vertraglichen Konzessionsteil

Die SRG-Konzession wird – wie die Rundfunkkonzessionen regionaler und lokaler Veranstalter – als Konzession des öffentlichen Dienstes²⁵ oder – angesichts der rundfunkrechtlichen Besonderheiten – als Konzession eigener Art (*sui generis*)²⁶ qualifiziert. Sie weist (wie sämtliche Konzessionen nach der Rechtsprechung des BGer)²⁷ als gemischter Verwaltungsakt einen verfügungsmässig und vertraglich begründeten Teil auf²⁸.

Bei der Ausgestaltung des üpA und insbesondere des Online-Angebots der SRG kommt dem vertraglich begründeten Konzessionsteil grosse Bedeutung zu, da – abgesehen vom Notwendigkeitskriterium in Art. 25 Abs. 3 lit. b RTVG – keine gesetzlichen Anhaltspunkte bestehen.

²⁰ SAXER/BRUNNER (Fn. 10), 29.

²¹ Das Online-Angebot der SRG soll nicht wie eine Online-Zeitung angeboten werden. Erläuterungen des BAKOM zur Änderung der SRG-Konzession vom 20. Dezember 2012 (im Folgenden: Erläuterungen BAKOM), 2.

²² Ein zeitlich direkter Bezug zu einer Sendung liegt vor, wenn die Inhalte nicht früher als 30 Minuten vor der Ausstrahlung der Sendung im Internet publiziert werden. Der Sendungsbezug wird durch Nennung der Sendung, Einbettung der On-demand-Sendung im Textbeitrag oder eine Verlinkung hergestellt. Erläuterungen BAKOM (Fn. 21), 2.

²³ Dazu vorne II.3.b).

²⁴ So GRABER/ZURKINDEN (Fn. 18), 220. Nach KELLERMÜLLER (Fn. 19), 379 werden hier grundsätzliche Entscheidungen nicht durch den Gesetzgeber getroffen, was legislatorisch fragwürdig sei. Zur dünnen Rechts- und Legitimationsgrundlage auch SAXER/BRUNNER (Fn. 10), 29.

²⁵ Dabei wird betont, dass die SRG sowie die regionalen und lokalen Rundfunkveranstalter eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen, für die eine Betriebspflicht in Gestalt von Leistungsaufträgen bestehe. WEBER (Fn. 5), RTVG 44 N 5 ff.; U. SAXER/F. BRUNNER, Kapitel 7: Rundfunkrecht – Das Recht von Radio und Fernsehen, N 7.38; U. SAXER/A. MANNHART, Konzessionen und Konzessionsverfahren im Rundfunkrecht, in: I. Häner/B. Waldmann (Hg.), Die Konzession, Zürich 2011, 136 f.; E. WIDMER-SCHLUMPF, Voraussetzungen der Konzession bei Radio und Fernsehen, Basel 1990, 41.

²⁶ M. DUMERMUTH, Rundfunkrecht, in: R.H. Weber (Hg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Informations- und Kommunikationsrecht, Basel 1996, N 132 ff., zusammenfassend N 137 betont die Ähnlichkeit der Rundfunkkonzessionen zu den Konzessionen des öffentlichen Dienstes, empfiehlt aber, von einem eigenständigen Gebilde auszugehen. Bei MEISTER/MANDL (Fn. 12), 16 ist von einer «Spezialkonzession» der SRG die Rede.

²⁷ Zur Einordnung von Konzessionen als gemischte Verwaltungsakte z.B. BGer vom 24. März 2014, 2C_828/2013, E. 2.1; BGE 130 II 18 ff. E. 3.1; BGE 109 II 76 ff. E. 2; BGE 96 I 282 ff. E. 4; BGE 95 I 243 ff. E. 4.a); BGE 80 I 239 ff. E. 3.

²⁸ Zur umstrittenen Rechtsnatur der Konzessionserteilung als Verfügung oder verwaltungsrechtlicher Vertrag U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, 2720; P. TSCHANNEN/U. ZIMMERLI/M. MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 45 N 24 f.

Die SRG verfügt – in Abweichung von der allgemeinen Regel²⁹ im Konzessionsrecht – über einen gesetzlichen Anspruch auf Erteilung der SRG-Konzession, da sie die Hauptlast zur Erbringung des medialen Service public auf nationaler und sprachregionaler Ebene trägt³⁰. Dadurch wird ihre Stellung als Verhandlungspartnerin gestärkt³¹. Die Ausgestaltung des Online-Angebots hängt damit zumindest teilweise vom Verhandlungsgeschick der SRG ab³².

Die Interessen privater Marktteilnehmer sind nur im Rahmen der Anhörung (Art. 25 Abs. 2 RTVG) vertreten, womit dem Gebot der Rücksichtnahme in Art. 93 Abs. 4 BV Rechnung getragen wird³³. Bei einer Änderung der SRG-Konzession liegt die Durchführung der Anhörung allerdings im Ermessen des Bundesrats, da er über das Vorliegen einer Frage von medienpolitischer Tragweite entscheidet³⁴.

Die mehrjährige Debatte³⁵ um die konzessionsrechtliche Ausweitung des Online-Auftritts der SRG hat gezeigt, dass es für die privaten Marktteilnehmer schwierig ist, sich gegen die SRG durchzusetzen. Der Bundesrat hatte die SRG vor dem Hintergrund der von ihm damals befürworteten Einführung der Online-Werbung in den SRG-Angeboten³⁶ zu Einigungsverhandlungen mit den Verlegern betreffend den Online-Auftritt derselben aufgefordert³⁷. Nach dem Scheitern der Verhandlungen verzichtete der Bundesrat zwar auf die Einführung von Online-Werbung, sprach sich aber vor dem Hintergrund der veränderten Mediennutzung des Publikums für die Notwendigkeit der konzessionsrechtlichen Ausweitung des Online-Angebots der SRG aus³⁸. Die SRG-Konzession wurde daraufhin entsprechend angepasst³⁹.

2. Erteilung durch den Bundesrat

Die Konzession wird der SRG als «medienpolitischer Entscheid von höchster Bedeutung»⁴⁰ vom Bundesrat selbst verliehen⁴¹, dem bei der konkreten Ausgestaltung grosses Ermessen zukommt. Beim Online-Angebot trifft dies in besonderer Weise zu, da – ausser dem Notwendigkeitskriterium in Art. 25 Abs. 3 lit. b RTVG – keine gesetzlichen Anhaltspunkte bestehen. Im aktuellen Entwurf zur SRG-Konzession wurden entsprechend viele Forderungen des Bundesrats (u.a. betreffend das Online-Angebot der SRG) aus seinem Service-public-Bericht vom 17. Juni 2016 umgesetzt⁴². Die Konzessionserteilung durch den Bundesrat wurde angesichts der verfassungsrechtlich garantierten Staatsunabhängigkeit der Medien in Art. 93 Abs. 3 BV kritisiert⁴³.

²⁹ Der Entscheid über die Konzessionserteilung liegt oft im Ermessen der zuständigen Behörde HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 28), N 2725; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 28), § 45 N 26; BGE 139 II 470 ff. E. 3.

³⁰ BBI 2003, 1689, SAXER/MANNHART (Fn. 25), 137; WIDMER-SCHLUMPF (Fn. 25), 66 f.

³¹ Angesichts des gesetzlichen Anspruchs auf Konzessionserteilung sei die SRG mehr Vertragspartnerin als Konzessionärin. ROSTAN (Fn. 5), LRTV 25 N 4.

³² GRABER/ZURKINDEN (Fn. 18), 221.

³³ Durch die Anhörung werde der Handlungsspielraum des Bundesrats bei der Ausgestaltung der SRG-Konzession eingeschränkt, da er die Resultate derselben grundsätzlich berücksichtigen müsse. ROSTAN (Fn. 5), LRTV 25 N 8 f.

³⁴ ROSTAN (Fn. 5), LRTV 25 N 9. Bei der konzessionsrechtlichen Ausweitung des Online-Angebots der SRG im Jahr 2013 hatte der Bundesrat die medienpolitische Bedeutung der geplanten Konzessionsänderung bejaht und vom 20. Dezember 2012 bis zum 25. Januar 2013 eine öffentliche Anhörung durchgeführt.

³⁵ Zu dieser Debatte ROSTAN (Fn. 5), LRTV 25 N 33 ff.

³⁶ In der Möglichkeit der Online-Werbung erblickte der Bundesrat eine zusätzliche Finanzierungsquelle für den öffentlichen Rundfunk, ohne dabei die Empfangsgebühren erhöhen zu müssen. Dazu die Medienmitteilung des Bundesrats vom 18. Juni 2010, <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-33760.html> (2. Juli 2018).

³⁷ Die SRG sollte mit den Verlegern Lösungen suchen, die es allen Beteiligten erlauben, sich im Internet wirtschaftlich erfolgreich zu entwickeln. Dazu die Medienmitteilung des Bundesrats vom 18. Juni 2010 (Fn. 36) und die Stellungnahme des Bundesrats vom 6. Juni 2011 zur Motion Nr. 11.3387 «Verzicht der SRG auf Online-Werbung» vom 14. April 2011, abrufbar unter <www.parlament.ch> (2. Juli 2018).

³⁸ Medienmitteilung des BR vom 14. September 2012, abrufbar unter <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-45965.html> (2. Juli 2018).

³⁹ Änderung der SRG-Konzession vom 1. Mai 2013, BBI 2013, 3291 f.

⁴⁰ BBI 2013, 5037.

⁴¹ Die konkrete Ausgestaltung des Service public ist Ergebnis einer politischen Beurteilung, weshalb die Zuständigkeit des Bundesrats für die Konzessionierung sachgerecht sei. BBI 2003, 1689; WEBER (Fn. 5), RTVG 25 N 2; SAXER/BRUNNER (Fn. 25), N 7.50.

⁴² So Bericht BAKOM 2017 (Fn. 3), 1.

⁴³ D. BARRELET/S. WERLY, *Droit de la communication*, 2. Aufl., Bern 2011, N 254. Vgl. dazu auch Bericht E-BGeM (Fn. 12), 59.

In diesem Zusammenhang wurden im Parlament einige parlamentarische Vorstösse behandelt, welche auf die Ausweitung der Mitwirkungsmöglichkeiten des Parlaments bei der Erteilung der SRG-Konzession abzielten, z.B. die Interpellation «Wettbewerbsverzerrungen durch SRG-Konzession»⁴⁴, die parlamentarische Initiative «SRG-Konzession. Neu soll das Parlament zuständig sein»⁴⁵ und die Motion «SRG-Konzession. Duale Konzessionskompetenz»⁴⁶.

IV. Entlastung der SRG-Konzession im Entwurf zum BGeM

1. Allgemein

Falls der Entwurf zum BGeM Vernehmlassung, Parlamentsdebatte und gegebenenfalls ein Referendum übersteht, wird sich die Rolle der SRG-Konzession in Bezug auf die Ausgestaltung des Online-Angebots der SRG erheblich ändern.

Der aktuelle Entwurf zur SRG-Konzession, der ab dem 1. Januar 2019 bis 2022 gelten soll, hat Übergangscharakter, da im Falle einer Annahme des BGeM eine neue Konzession auf Grundlage des BGeM ausgearbeitet werden müsste. In Art. 123 Abs. 1 E-BGeM ist vorgesehen, dass die SRG-Konzession mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes nicht direkt aufgehoben, sondern bis zu ihrem Ablauf (im Jahr 2022) weitergelten würde⁴⁷.

2. Online-Angebot als Bestandteil des nicht linearen Medienangebots der SRG

Der Leistungsauftrag der SRG (sowie der regionalen und lokalen Medienanbieterinnen mit Leistungsvereinbarung) wird im E-BGeM neu im Zeichen der Konvergenz vektorneutral (unabhängig von der jeweiligen Medienform)⁴⁸ ausgestaltet. Dazu wird in Art. 21 Abs. 1 E-BGeM an den Begriff des Medienangebots angeknüpft, das nach Art. 4 lit. c und d E-BGeM linear oder nicht linear sein kann. Während zum linearen Angebot in erster Linie Radio- und TV-Programme zählen, fallen unter die nicht linearen Angebote, deren Verbreitung zeitlich nicht festgelegt ist, Audio- und Videoinhalte auf Abruf und elektronische Textangebote⁴⁹.

Das Online-Angebot der SRG wird im E-BGeM damit nicht mehr bloss im komplementär konzipierten «übrigen publizistischen Angebot» angesiedelt⁵⁰, sondern es kommt ihm als Bestandteil des nicht linearen Medienangebots der SRG eine vollwertige Stellung zu.

3. Einschränkung des Verhandlungsspielraums der SRG

Die Ausgestaltung des Online-Angebots der SRG erfolgt nun zumindest im Grundsatz durch Gesetzesrecht (vgl. Art. 21 ff. E-BGeM) und nicht mehr ausschliesslich durch die SRG-Konzession. In Art. 21 Abs. 2 E-BGeM wird beispielsweise statuiert, dass das publizistische Angebot der SRG im Wesentlichen aus Audio- und audiovisuellen Medienbeiträgen besteht, womit dem Gebot der Rücksichtnahme auf die Stellung und die Aufgabe anderer Medien, vor allem der Presse, in Art. 93 Abs. 4 BV Rechnung getragen wird. Dieser medienpolitisch sehr bedeutsamen Vorschrift kommt aktuell kein Gesetzesrang zu und ist ausschliesslich in der SRG-Konzession angesiedelt (Art. 13 Abs. 1 KonzSRG/Art. 18 Abs. 2 lit. a E-KonzSRG).

⁴⁴ Interpellation Gregor Rutz vom 21. Juni 2013 Nr. 13.3610. Darin wurde dem Bundesrat u.a. die Frage gestellt, ob es nicht angebracht wäre, die SRG-Konzession künftig dem Parlament zum Beschluss zu unterbreiten. Der Bundesrat verneinte die Frage, da nur eine Zuständigkeit des Bundesrats die im Medienbereich notwendige Flexibilität zur Anpassung der Konzession gewährleisten könne. Stellungnahme des Bundesrats vom 21. August 2013. Sämtliche Geschäfte der Bundesversammlung, die dazugehörigen Stellungnahmen und Berichte sind abrufbar unter <www.parlament.ch> (10. Juli 2018).

⁴⁵ Parlamentarische Initiative Thomas Müller vom 18. Juni 2015 Nr. 15.457. Die Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen beantragte der parlamentarischen Initiative keine Folge zu geben, da die Bundesversammlung nicht in der Lage sei, operative Entscheide im Bereich der SRG-Konzession zu treffen. Bericht der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrats vom 29. August 2016.

⁴⁶ Motion der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrats vom 29. August 2016 Nr. 16.3629. Darin wurde die parallele Zuständigkeit von Parlament und Bundesrat bei der Erteilung der SRG-Konzession vorgeschlagen, indem diese in eine Rahmen- und eine Betriebskonzession aufgeteilt werden sollte.

⁴⁷ Bericht E-BGeM (Fn. 12), 19, 68.

⁴⁸ Zur Konvergenz der Medienformen Bericht E-BGeM (Fn. 12), 6; MEISTER/MANDEL (Fn. 12), 29 f.

⁴⁹ Bericht E-BGeM (Fn. 12), 20.

⁵⁰ Dazu vorne II.1.

Auch die in Art. 22 E-BGeM umschriebenen Anforderungen an den Inhalt des vektorunabhängigen Leistungsauftrags (Beitrag zur freien Meinungsbildung des Publikums, kulturellen Entfaltung sowie Bildung und Wissen etc.) kommen nun auf das Online-Angebot der SRG umfassend zur Anwendung. Diese sind im Zeichen der verfassungsrechtlich verankerten Staatsunabhängigkeit der Medienanbieter (Art. 93 Abs. 3 BV) zwar sehr allgemein gehalten, bilden jedoch zumindest Anhaltspunkte für die konzessionsrechtliche Konkretisierung des Leistungsangebots der SRG.

Die bisherigen Anforderungen an den Programmauftrag der SRG in Art. 24 RTVG bzw. Art. 2 Konz-SRG gelten für das üpA und damit auch das Online-Angebot der SRG nur mittelbar über das Notwendigkeitskriterium (Art. 25 Abs. 3 lit. b RTVG)⁵¹.

Der Verhandlungsspielraum der SRG im vertraglichen Konzessionsteil wird durch die gesetzlichen Anforderungen im E-BGeM zumindest teilweise eingeschränkt.

4. Erteilung durch die Kommission für elektronische Medien

Die SRG-Konzession wird nach Art. 21 Abs. 1 E-BGeM neu durch die KOMEM und nicht mehr den Bundesrat erteilt. Die KOMEM ist auch für den Abschluss von Leistungsvereinbarungen zuständig und nimmt zahlreiche Aufsichtsbefugnisse wahr (vgl. Art. 93 Abs. 1 E-BGeM).

Damit würde in der Schweiz (neben der UBI im Bereich der Programmbeschwerden) im Zeichen der Staatsunabhängigkeit der Medien eine unabhängige Regulierungsbehörde im Bereich der elektronischen Medien geschaffen⁵², wie man es bei der Totalrevision des RTVG in noch grösserem Umfang versucht hatte⁵³ und es vonseiten des Parlaments gefordert wurde⁵⁴. Zudem fände eine Anpassung an die Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats vom 20. Dezember 2000⁵⁵ und den Entwurf zur AVMD-Richtlinie⁵⁶ statt.

Die Kommission besteht nach Art. 92 Abs. 1 E-BGeM aus fünf bis sieben unabhängigen Sachverständigen, wobei der Bundesrat die Mitglieder wählt und das Präsidium bestimmt (Art. 92 Abs. 2 E-BGeM)⁵⁷. In Art. 94 E-BGeM wird speziell betont, dass die KOMEM unabhängig und an keine Weisungen gebunden ist.

V. Würdigung

Dem Online-Angebot der SRG kommt vor dem Hintergrund der Digitalisierung und veränderten Mediennutzung des Publikums eine immer grössere Bedeutung zu. Das RTVG geht von einer überholten Konzeption des medialen Service-public-Angebots der SRG aus und siedelt dieses lediglich im üpA an.

Die Konkretisierung des medienpolitisch sehr bedeutsamen Online-Angebots der SRG erfolgt deshalb zurzeit allein durch die SRG-Konzession. Insbesondere der weite Verhandlungsspielraum der SRG im vertraglich begründeten Konzessionsteil und die Erteilung der SRG-Konzession durch den Bundesrat

⁵¹ SAXER (Fn. 9), 700 f. Die inhaltlichen Mindestanforderungen an Sendungen (v.a. Sachgerechtigkeits- und Vielfaltsgebot sowie Jugendschutz) gelten kraft Art. 5a RTVG auch für redaktionsgenerierte Beiträge im üpA und damit auch für Beiträge im Online-Angebot der SRG.

⁵² Bericht E-BGeM (Fn. 12), 59 f.

⁵³ Im bundesrätlichen Entwurf zum RTVG war die Schaffung einer einheitlichen Kommission für Fernmeldewesen und elektronische Medien vorgesehen, die verschiedene Aufsichts-, Beschwerde- und Verwaltungskompetenzen im Fernmelde- und Rundfunkbereich in sich vereinen sollte. Damit wollte man der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde vom Staat und der fortschreitenden Konvergenz der Medienformen im Rundfunk- und Fernmeldebereich Rechnung tragen. BBl 2003, 1733 ff.

⁵⁴ Postulat der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen vom 29. August 2016 Nr. 16.3630 «Unabhängige Aufsichtsbehörde für Radio und Fernsehen».

⁵⁵ Empfehlung Rec (2000) 23 des Ministerkomitees des Europarates vom 20. Dezember 2000 an die Mitgliedstaaten betreffend die Unabhängigkeit und die Funktion der Regelungsbehörden im Rundfunkbereich.

⁵⁶ Art. 30 des Vorschlags der Europäischen Kommission vom 25. Mai 2016 für eine Richtlinie des europäischen Parlamentes und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, COM (2016) 287 final, 2016/0151 (COD), <www.ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/1-2016-287-DE-F1-1.pdf> (3. Juli 2018).

⁵⁷ Nach Auffassung des UVEK bedeute diese Einflussmöglichkeit des Bundesrats keine unzulässige Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der KOMEM, da dieser bei der Zusammensetzung anderer Behördenkommissionen (z.B. ComCom, WEKO, UBI) über vergleichbare Befugnisse verfüge. Bericht E-BGeM (Fn. 12), 60.

erscheinen vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich geschützten Interessen privater Medienanbieter (Art. 17 Abs. 1 BV und Art. 93 Abs. 4 BV) aus legitimationsrechtlicher Sicht problematisch.

Im Entwurf zum BGeM wird dem Online-Angebot der SRG als Element des nicht linearen Medienangebots eine vollwertige Stellung eingeräumt. In diesem Zusammenhang bestehen nun (zumindest im Grundsatz) unmittelbar gesetzliche Anforderungen an die Ausgestaltung des Online-Angebots der SRG⁵⁸. Die SRG-Konzession wird neu nicht mehr durch den Bundesrat, sondern die unabhängige KOMEM vergeben. Der Bundesrat wählt allerdings deren Mitglieder und bestimmt das Präsidium. Insgesamt wird die SRG-Konzession im Bereich des Online-Angebots der SRG durch den E-BGeM entlastet und die Ausgestaltung des medialen Service public aus legitimationsrechtlicher Sicht verbessert.

Es ist zu erwarten, dass es der Entwurf zum BGeM politisch nicht einfach haben wird. Insbesondere die privaten Presseverlage werden der Ausweitung des Online-Auftritts der SRG und der Möglichkeit der Vergabe von Leistungsaufträgen im Online-Bereich an private regionale und lokale Medienanbieterinnen entgegenstehen⁵⁹. Im E-BGeM wird versucht, der Unterscheidbarkeit von Online-Presseangeboten dadurch Rechnung zu tragen, dass sowohl die SRG (Art. 21 Abs. 2 E-BGeM) als auch private Medienanbieterinnen mit Leistungsauftrag (Art. 46 Abs. 1 lit. b E-BGeM) im Wesentlichen Audio- und audiovisuelle Medienbeiträge anbieten. Die Abgrenzung zwischen Text-, Audio- und audiovisuellen Beiträgen gestaltet sich vor dem Hintergrund der Konvergenz der Medienformen allerdings zunehmend schwieriger, was die praktische Umsetzbarkeit und Wirksamkeit dieser Bestimmung erschwert.

Zusammenfassung

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt wird das Online-Angebot der SRG allein durch die SRG-Konzession bestimmt, da es nach Art. 25 Abs. 3 lit. b RTVG lediglich im übrigen publizistischen Angebot (üpA) der SRG angesiedelt ist. Die konzessionsrechtliche Ausgestaltung des Online-Angebots im üpA der SRG erfolgt vor dem Hintergrund des Spannungsfelds zwischen dem Bedürfnis nach Anpassung des Leistungsangebots der SRG an die Digitalisierung und dem Gebot der Rücksichtnahme auf die Stellung und die Aufgabe anderer Medien, vor allem der Presse, in Art. 93 Abs. 4 BV. Aus legitimationsrechtlicher Sicht problematisch sind der grosse Verhandlungsspielraum der SRG im vertraglichen Konzessionsteil und die Konzessionerteilung durch den Bundesrat. Im Entwurf zum Bundesgesetz über elektronische Medien (E-BGeM) wird die SRG-Konzession entlastet. Dem Online-Angebot der SRG wird neu als Element des nicht linearen Medienangebots eine vollwertige Stellung eingeräumt, wodurch der Verhandlungsspielraum der SRG eingeschränkt wird. Die SRG-Konzession wird zudem neu durch die Kommission für elektronische Medien (KOMEM) vergeben.

Résumé

À l'heure actuelle, c'est uniquement la concession SSR qui concrétise les offres en ligne de la SSR, parce qu'elles sont qualifiées comme éléments des autres services journalistiques de la SSR (art. 25 al. 3 let. b LRTV). La conception juridique des offres en ligne de la SSR se situe au croisement entre le besoin d'adapter le service public de la SSR à la numérisation et l'obligation de prendre en considération la situation et le rôle des autres médias, en particulier de la presse selon l'art. 93 al. 4 Cst. La marge de négociation de la SSR dans les clauses bilatérales et l'octroi de la concession SSR par le Conseil fédéral pourraient porter atteinte à la légitimation du service public de la SSR. Dans ce contexte, le projet de la loi sur les médias électroniques va décharger la concession SSR. Les offres en ligne de la SSR seront classifiées comme des offres de médias non linéaires, ce qui limitera la marge de négociation de la SSR dans ce domaine. En outre, la concession SSR sera octroyée par la Commission des médias électroniques (COMME).

⁵⁸ Im Bericht E-BGeM (Fn. 12), 33 wird speziell darauf hingewiesen, dass der Begriff «Medienangebote» auch die Online-Angebote der SRG umfasse.

⁵⁹ Diese bewirken zusätzliche Marktverzerrungen und Abhängigkeiten der Medienanbieterinnen vom Staat. So z.B. SVP-Politiker Gregor Rutz in der Sendung «Arena» zum Thema «SRG und Private – wer profitiert vom neuen Mediengesetz?» vom 22. Juni 2018, <www.srf.ch/sendungen/arena/srg-und-private-der-profitiert-vom-neuen-mediengesetz> (10. Juli .2018).