

BUNDESGERICHT
FEDERAL

PEL

2-1082 AGI 7

EINSCHREIBEN
Schweizerisches
Bundesgericht
av. du Tribunal-Fédéral 29
1000 Lausanne 14

BUNDESGERICHT
Eing. 20 NOV, 2012 *
Postaufgabe

Generaldirektion | Generalsekretariat
Rechtsdienst
Giacomettistrasse 1
3000 Bern 31
Telefon +41 31 350 91 11

E-Mail michael.schweizer@srgssr.ch
Direktwahl +41 31 350 97 24
Fax +41 31 350 97 49
Datum 19. November 2012
RD 1223000

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Frau Bundesrichterin, sehr geehrte Herren Bundesrichter

In Sachen

Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT, Im Bühl 2, 9546 Tuttwil

Beschwerdeführer oder VgT

gegen

Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft, Giacomettistrasse 1, 3000 Bern 31,

Beschwerdegegnerin

betreffend

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen UBI vom 22.
Juni 2012 (b. 651)

reicht die Beschwerdegegnerin ihre

Vernehmlassung

ein und stellt folgende

Anträge:

- 1 Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
- 2 Die Gerichtskosten seien dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.

Begründung:

I. FORMELLES

- (1) Der Unterzeichnete ist bevollmächtigt

Beweismittel:

- Vollmacht vom 19. November 2012

Beilage 1

- (2) Die Frist zur Einreichung der Vernehmlassung gemäss Verfügung des Bundesgerichts vom 19. Oktober 2012 ist mit vorliegender Eingabe gewahrt.
- (3) Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten, soweit der Beschwerdeführer eine Anweisung an die Beschwerdegegnerin verlangt. Im Rahmen der Aufsicht über den Inhalt redaktioneller Sendungen kann einzig festgestellt werden, ob eine rechtswidrige Verweigerung des Programms vorliegt oder nicht (Art. 97 Abs. 2 Bst. b RTVG).
- (4) Da das Bundesgericht das Erfüllen der Begründungspflicht von Amtes wegen prüft (Art. 42 Abs. 2 BGG), verzichtet die Beschwerdegegnerin auf eine diesbezügliche Stellungnahme.

II. MATERIELLES

Zum Sachverhalt

- (5) Der Beschwerdeführer gibt den Sachverhalt verkürzt wieder und bezichtigt die Beschwerdegegnerin der Lüge – entgegen deren belegten Ausführungen zum Sachverhalt im vorinstanzlichen Verfahren. Die Beschwerdegegnerin bestreitet diesen Vorwurf und verweist auf die nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt.
- (6) publisuisse SA ist mit der Akquisition der Werbung für die Programme der Beschwerdegegnerin beauftragt. Am 28. September 2011 durfte publisuisse dem Beschwerdeführer eine «TV-Werbezeitbestellung» inklusive Einschaltplan für eine

Werbekampagne im Dezember 2011 im TV-Programm des Schweizer Radio und Fernsehens SRF zustellen (nachfolgend: Schweizer Fernsehen).

Beweismittel:

TV-Werbezeitbestellung

Akten Vorinstanz

- (7) Der Beschwerdeführer unterzeichnete die Bestellung im Namen des VgT am 29. September 2011 und anerkannte die «Allgemeinen Geschäftsbedingungen für TV-Werbung» der publisuisse (nachfolgend: AGB). In der Folge plante publisuisse die bestellte TV-Werbekampagne im Wert von CHF 19'202.13 inklusive Mehrwertsteuer definitiv ein, das heisst 17 Einschaltungen von 7 Sekunden Dauer vom 23. bis zum 31. Dezember 2011

Beweismittel:

- TV-Werbezeitbestellung
- AGB für TV-Werbung
- Einschaltplan VgT

Akten Vorinstanz

Akten Vorinstanz

Akten Vorinstanz

- (8) Der vom Beschwerdeführer produzierte Spot traf bei publisuisse am 28. September 2011 ein und wurde unter der Suisa-Nr. bzw. Ordnungsnummer 327'822 im Ausstrahlungssystem der publisuisse registriert. Wie alle zur Ausstrahlung vorgesehenen Spots visionierte publisuisse die erhaltene Werbebotschaft „...was andere Medien totschweigen. ...zum Glück gibt's den VgT“ im Hinblick auf die erste Ausstrahlung vom 23. Dezember 2011 und erteilte daraufhin definitiv das „Gut zur Ausstrahlung“ für diesen Spot (nachfolgend: Spot 1).
- (9) Am 15. November 2011 erhielt publisuisse vom Beschwerdeführer Sendeunterlagen mit der Bitte, die erste Version des Spots mit der zweiten auszutauschen. Erst bei der Digitalisierung stellte publisuisse fest, dass der Satz „...was andere Medien totschweigen.“ durch den Satz „...was das Schweizer Fernsehen totschweigt.“ ersetzt worden war (nachfolgend: Spot 2).
- (10) Nach eingehender Diskussion beschloss publisuisse, wie in solchen Fällen üblich in Absprache mit dem Schweizer Fernsehen, die zweite Version mit der Botschaft „...was das Schweizer Fernsehen totschweigt.“ nicht auszustrahlen. publisuisse stützte sich dabei auf Ziffer 10 der AGB. Demnach kann publisuisse TV-Spots ablehnen, welche sie als geschäfts- oder imageschädigend beurteilt (vgl. Art. 10 und 11 AGB). Ohne eine klare, unmissverständliche Darlegung von zugetragenen Fakten – dies ist in einem so kurzen TV-Spot kaum möglich – ist die vom Beschwerdeführer gewählte Neu-Formulierung für das Publikum nicht nachvollziehbar und für die Beschwerdegegnerin mit ihren zahlreichen Programmschaffenden imageschädigend.
- (11) **Nach Rücksprache mit dem Beschwerdeführer wurde sodann der ursprünglich eingeplante Spot 1 vertragsgemäss bzw. gemäss Einschaltplan ausgestrahlt**, mit Ausnahme einer unwesentlichen Veränderung des Einschaltplans aus programmlichen Gründen: Letztlich wurden im Programm von SF 1 **insgesamt 18 Spots ausgestrahlt**.

Beweismittel:

- TV-Vertragsbestätigung
- Mailverkehr Beschwerdeführer – publisuisse vom 16. bis 19. Dezember 2011

Akten Vorinstanz
Beilage 2

Zugang zum Werbefernsehen nicht verweigert

- (12) Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers lässt sich der Sachverhalt also nicht dahingehend verkürzen, der VgT habe den Werbespot „was das Schweizer Fernsehen totschweigt“ in Auftrag gegeben und publisuisse habe diesen abgelehnt.
- (13) Der Beschwerdeführer hat *ein* Gesuch um Zugang zum Werbefernsehen gestellt. Gegenstand dieses Gesuchs war Spot 1. Die Beschwerdegegnerin hat Spot 1 wunschgemäss zur Ausstrahlung eingeplant.
- (14) Weniger als vier Wochen vor der Ausstrahlung hat der Beschwerdeführer Spot 2 eingereicht, um Spot 1 zu ersetzen. Gegenstand des Gesuchs um Zugang zum Werbefernsehen war nun – vorübergehend – Spot 2. Diese zweite Version hat publisuisse mit Verweis auf Ziff. 10 AGB als imageschädigend abgelehnt.
- (15) Dabei hat publisuisse den Beschwerdeführer in der Tat auf die möglichen Folgen der Ablehnung gemäss Ziff. 11 AGB aufmerksam gemacht¹. Demnach ist publisuisse berechtigt, die Werbezeit anderweitig zu belegen. Der Werbeauftraggeber bleibt zur vollen Bezahlung der Vertragssumme verpflichtet für den Fall, dass publisuisse die Werbezeit nicht anderweitig belegen kann.

Beweismittel:

- Mail Stefan Leimbacher an VgT vom 16. Dezember 2011

Beilage 2

- (16) Auch wenn der Beschwerdeführer diesen Hinweis in ein schlechtes Licht rücken möchte er bezeichnet ihn als „Androhung von Massnahmen“ - ist daran nichts Aussergewöhnliches zu erkennen. Ziff. 11 AGB war dem Beschwerdeführer seit Vertragsunterzeichnung bekannt. Im Übrigen sind AGB dazu da, ein Vertragsverhältnis eingehend zu regeln. Sie enthalten denn auch regelmässig Bestimmungen über die Folgen bei Pflichtverletzungen. Da publisuisse Spot 2 als imageschädigend im Sinne von Ziff. 10 AGB qualifiziert hatte, war es naheliegend, den Beschwerdeführer auf die möglichen Folgen nach Ziff. 11 AGB aufmerksam zu machen. Damit war freilich nicht vorweggenommen, ob der Beschwerdegegner auch tatsächlich haftet oder ob publisuisse die Werbezeit nicht vielmehr anderweitig belegen kann.
- (17) Der Beschwerdeführer schrieb per Mail, dass er den Hinweis auf Ziff. 11 AGB als „rechtswidrig“ betrachtet und dass er dagegen „sofort eine gerichtliche Klage anhängig machen“ wird. Als publisuisse nachfragte, ob er die bestellte Werbezeit mit Spot 1 belegen wolle, antwortete er „Ja, und parallel dazu werde ich Klage führen wegen

¹ Wortlaut gemäss Mailverkehr vom 16. Dezember 2011: „In diesem Zusammenhang erlauben wir uns, den VgT auch auf Art. 11 unserer AGB's hinzuweisen“.

Zensur der Version 2". **Mit diesem Einverständnis wurde wiederum Spot 1 Gegenstand des Gesuchs um Zugang zum Werbefernsehen gemäss Werbezeitbestellung vom 18. September.** Eine zweite Werbezeitbestellung des Beschwerdeführers gab und gibt es nicht.

Beweismittel:

– Mail VgT an Stefan Leimbacher vom 16. Dezember 2011

Beilage 2

- (18) Konsequenterweise hätte der Beschwerdeführer an der Ausstrahlung von Spot 2 festhalten müssen. Wäre publisuisse ihrerseits bei ihrer Position geblieben, dann wäre überhaupt kein Spot ausgestrahlt und damit das Gesuch um Zugang zum Werbefernsehen gemäss Werbezeitbestellung vom 28. September 2011 abgelehnt worden. Gegen diese Ablehnung hätte der VgT bei der UBI Beschwerde wegen verweigertem Programmzugang führen können.
- (19) Wäre die vertraglich vorgesehene Haftung gemäss Ziff. 11 AGB eingetreten, weil publisuisse die Werbezeit nicht anders belegen kann, und würde publisuisse die Bezahlung einfordern, hätte sich der Beschwerdeführer – parallel zum UBI-Verfahren – dem auf dem hierfür vorgesehenen zivilrechtlichen Weg widersetzen und sämtliche das Vertrags- und Lauterkeitsrecht betreffenden Rügen in Bezug auf die AGB von publisuisse vorbringen können². Aufgrund der Horizontalwirkung der Grundrechte müsste das Gericht auch die Anforderungen der Meinungsäusserungsfreiheit berücksichtigen.
- (20) Der Beschwerdeführer hat aber ein anderes Vorgehen gewählt. Er hat sich mit der Ausstrahlung des ersten Spots einverstanden erklärt und damit die Werbekampagne im Wert von fast CHF 20'000 veranlasst und auch bezahlt. Das ist Tatsache und keine „perfide Lüge“³. Der Werbevertrag wurde somit beiderseits erfüllt. Mag der Beschwerdeführer auch Vorbehalte in Zusammenhang mit Spot 2 angebracht haben, die Ausstrahlung von Spot 1 hat er explizit gewollt.
- (21) Die Beschwerdegegnerin hat denn auch nie behauptet, der Beschwerdeführer habe ihre Qualifikation des zweiten Spots akzeptiert⁴. Aufgrund seines Einverständnisses zur Ausstrahlung von Spot 1 gemäss der bestellten (und auch bezahlten) Werbezeit liegt aber in Bezug auf das Gesuch um Zugang zum Werbefernsehen gemäss Werbezeitbestellung vom 28. September 2011 **keine anfechtbare Ablehnung** vor.
- (22) Folglich hätte die UBI, wie von der Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren beantragt, nicht auf die Beschwerde eintreten sollen. Die Argumentation der Beschwerdegegnerin vor der UBI in Bezug auf die Eintretensfrage hat nichts mit Verlogenheit zu tun⁵. Sie erfolgte vielmehr im Bestreben um Klarheit über die rechtliche Ausgangslage, auch im Hinblick auf das zukünftige Vorgehen.

² Vgl. auch die Bemerkung der UBI in Ziff. 4 des angefochtenen Entscheids.

³ Beschwerdeschrift, S. 2.

⁴ Beschwerdeschrift, S. 90, Ziff. 8.

⁵ Beschwerdeschrift, S. 90, Ziff. 8.

- (23) So war absehbar, dass das Vorgehen des Beschwerdeführers auf einen weiteren Streit hinausläuft: Im Falle der Gutheissung seiner Beschwerde durch die UBI hätte er die Ausstrahlung von Spot 2 verlangt – ohne sie entschädigen zu wollen. Das meint der Beschwerdeführer, wenn er schreibt, „Der VgT hat sich dazu entschieden, *vorerst* die erste Version auszustrahlen und parallel dazu gegen die Zensur der zweiten Version Beschwerde zu führen mit dem Ziel, diese später *auch noch* senden lassen zu können“⁶ Entsprechend beantragt der Beschwerdeführer auch eine Anweisung des Bundesgerichts an die Beschwerdegegnerin, den Spot auszustrahlen⁷ Im Falle einer Gutheissung der Beschwerde entfielen freilich die inhaltlichen Vorbehalte der Beschwerdegegnerin an Spot 2. Voraussetzung der Ausstrahlung wäre aber eine neue Werbezeitbestellung mit entsprechender Entschädigung. Andernfalls erhielte der Beschwerdeführer zwei Werbekampagnen zum Preis von einer. Es kann aber nicht Zweck der Zugangsbeschwerde sein, einen von allen Werbetreibenden gleichermaßen zu entschädigenden Zugang zum Werbefernsehen gratis zu erwirken.

Zu den Beschwerdegründen

- (24) In materieller Hinsicht wiederholt der Beschwerdeführer den Vorwurf, die Beschwerdegegnerin betreibe Zensur, namentlich aus „privaten weltanschaulich-politischen Motiven der SF-Angestellten“. Der Vorwurf geht zurück auf eine Jahre zurückliegende Aussage von „SF-Chefredaktor Ueli Haldimann“⁸
- (25) Weiter rügt der Beschwerdeführer, die UBI habe mit keinem Wort erwogen, dass die im Spot geübte Kritik am Schweizer Fernsehen nachweislich berechtigt sei. Zur Begründung wiederholt er, was er bereits vor der UBI gesagt hat: das Schweizer Fernsehen diskriminiere den VgT nachweislich systematisch.
- (26) Der Vorwurf an die UBI ist unbegründet. Sie hat sich hierzu geäußert. Nach Ansicht der UBI wiederholt der Beschwerdeführer implizit Boykottvorwürfe, die sowohl die UBI wie auch das Bundesgericht zuvor schon als unbegründet abgewiesen haben⁹ Diese Feststellung bestätigt die Beschwerdeschrift: Ihr liegen Bilder aus veröffentlichten Recherchen des VgT aus den Jahren 2005 bis 2010 bei. Sie sollen – in Gegenüberstellung mit den Sendearchiven des Schweizer Fernsehens – beweisen, dass der VgT systematisch unterdrückt wird¹⁰
- (27) Eben diesen Boykott-Vorwurf hat der Beschwerdeführer aber schon im Rahmen der im angefochtenen Entscheid erwähnten Verfahren erhoben. Dabei hat er vor Bundesgericht ebenso eine Verweigerung seines rechtlichen Gehörs durch die UBI geltend gemacht. Konkret rügte er vor Bundesgericht, dass die UBI keinerlei

⁶ Beschwerdeschrift, S. 2.

⁷ Siehe hierzu oben, Rz. 3.

⁸ Beschwerdeschrift, S. 89; Ueli Haldimann war bis Ende 2009 Chefredaktor beim Schweizer Fernsehen. Danach amtierte er als interimistischer Direktor und verliess das Schweizer Fernsehen Ende 2010.

⁹ Siehe den Verweis in Ziff. 7.1 des angefochtenen Entscheids auf Bger 2C_408/2011 vom 24. Februar 2011

¹⁰ Beschwerdeschrift, S. 3 f. Ziff. 5 sowie S. 90, Ziff. 11

Anstrengungen unternommen habe, „den journalistischen Wert der vom VgT in der Periode seit 1998 veröffentlichten Berichte über ‚undercover‘-Recherchen den Beiträgen gegenüberzustellen, mit denen „die Nachrichten- und Informationssendungen des Schweizer Fernsehens in diesen 12 Jahren die ganze Zeit gefüllt wurden“¹¹

- (28) Auch wenn die Beschwerdegegnerin vor der UBI die Ansicht vertrat, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei, argumentierte sie vorsorglich auch materiell. Dabei hat sie dargelegt, dass sie den Beschwerdeführer **nicht anders behandelt als andere**. Dieselben AGB sind Bestandteil jedes Werbevertrages. Die Beschwerdegegnerin darf und muss von den Werbeauftraggebern erwarten, dass sie ihre kommerziellen Botschaften mit Rücksicht auf berechnete Interessen Dritter gestalten. Mit dem Schutz der berechtigten Interessen Dritter verfolgt diese AGB-Klausel selbst ein berechtigtes Ziel. Die Ablehnung gründet somit auch **nicht auf einem unsachlichen, unvernünftigen Grund**¹²
- (29) Wie die UBI feststellt¹³ hat die Beschwerdegegnerin den VgT offensichtlich nicht daran hindern wollen – und auch tatsächlich nicht daran gehindert (!) – Werbung in eigener Sache zu machen“ und die Medienberichterstattung zu tierschutzrelevanten Aspekten zu kritisieren.
- (30) Die UBI verweist auch zu Recht darauf, dass die Meinungsäusserungsfreiheit Schranken unterliegt. Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin besteht **kein schützenswertes und überwiegendes Interesse** des Beschwerdeführers an Ausstrahlung des Spots mit dem Zusatz „was das Schweizer Fernsehen totschweigt“. Mit dem ursprünglich eingereichten und auch ausgestrahlten Spot konnte der Beschwerdeführer nämlich dieselbe Werbebotschaft ohne inhaltliche Abstriche kommunizieren, ohne die Beschwerdegegnerin einseitig an den Pranger zu stellen: Der Beschwerdeführer konnte das Publikum auf seine Homepage aufmerksam machen mit dem Hinweis, dass der VgT dort Informationen publiziert, die andere Medien nicht veröffentlichen. Genau so, wie er das auch im Rahmen von anderen Werbekampagnen getan hatte und auch heute noch tut.
- (31) Dies bestätigt auch die Feststellung der UBI, dass die im Spot beworbene Website des VgT ebenfalls den werbenden Zusatz „was andere Medien totschweigen“ enthalte. Derselbe Zusatz bildet(e) auch Gegenstand der Werbekampagne in Print- und in elektronischen Medien inklusive Privatfernsehen sowie an Schweizer Bahnhöfen.

Beweismittel:

- Info VgT über Werbe-Kampagne www.vgt.ch - was andere Medien totschweigen *Beilage 3*

- (32) Mithin liegt keine Situation vor, die „zum Schutz vor Benachteiligung beim Kampf um die öffentliche Aufmerksamkeit“ ausnahmsweise einen Eingriff in die Programmautonomie rechtfertigen würde. Im Übrigen stehen dem Beschwerdeführer zahlreiche weitere Verbreitungswege zur Verfügung¹⁴. Will er dieselbe Botschaft zu Lasten berechtigter Interessen Dritter umformulieren und verbreiten, so kann er dies andernorts in alleiniger Verantwortung tun, so zum Beispiel auf seiner Homepage. Auf diese machte der im Schweizer Fernsehen ausgestrahlte Spot ja aufmerksam.

¹¹ Bger 2C_408/2011 vom 24. Februar 2012, Bst. C.

¹² Bger a.a.O., E. 2.3.1

¹³ Ziff. 6.1 des angefochtenen Entscheids.

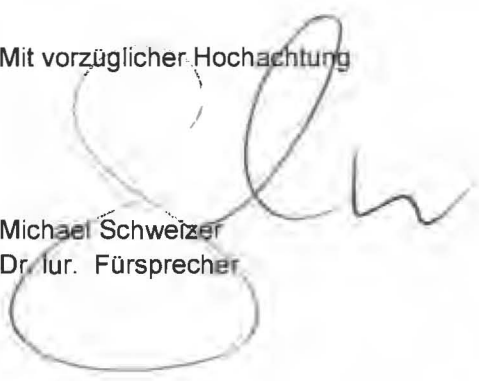
¹⁴ Vgl. BGE 136 I 167, S. 173 E. 3.3.1; Bger 2C_408/2011 vom 24. Februar 2012, E. 2.1.

(33) Im Übrigen verweist die Beschwerdegegnerin auf die materiellen Ausführungen der UBI im angefochtenen Entscheid¹⁵.

Gerne ersuche ich Sie aus den genannten Gründen, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Frau Bundesrichterin, sehr geehrte Herren Bundesrichter, den eingangs gestellten Begehren stattzugeben.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Michael Schweizer
Dr. iur. Fürsprecher



Beilagen: erwähnt

4 Exemplare

¹⁵ Ziff. 6 ff.