

UBI hätte VgT-Eingabe als Zugangsbeschwerde prüfen müssen

Bundesgerichtsentscheid vom 10. Dezember 2009 (2C_380/2009)

10-1

Obwohl sich aus dem RTVG direkt kein «Recht auf Antenne» ergibt, kann die Verweigerung des Zugangs zum Programm Dritten aus Gründen der BV und der EMRK einen solchen Anspruch verschaffen. Die UBI darf keine strengen Anforderungen an das Anfechtungsobjekt stellen und muss eine Zugangsbeschwerde bereits dann prüfen, wenn sich eine Zugangsverweigerung aus konkludentem Verhalten der Veranstalterin ergibt.

Quand bien même la loi sur la radio et la télévision ne consacre aucun droit direct à l'antenne, pareille prérogative peut exceptionnellement être accordée à l'encontre d'un refus d'accès au programme qui transgresserait la Constitution ou la CEDH. Le cas échéant, l'AIEP n'est pas en droit de poser des conditions formelles trop strictes; ainsi doit-elle accueillir une plainte pour refus d'accès même si ce refus ne découle que d'actes concluants du diffuseur.

Stichwörter Zugangsbeschwerde; Programmbeschwerde; Zeitraumbeschwerde

Art. 10, 13 EMRK; Art. 29a BV; Art. 6, 90 Abs. 1 lit. h, 92 Abs. 1, 93 Abs. 1, 97 Abs. 2 lit. a und b RTVG

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der Verein gegen Tierfabriken (VgT) versuchte beim BAKOM und bei der UBI eine Anordnung zu erwirken, dass das Schweizer Fernsehen die «Fernseh-Zensur» gegen ihn einzustellen habe; indessen sind beide Instanzen auf die Eingabe nicht eingetreten. Mittels Beschwerde an das Bundesgericht beantragte der VgT, der Nichteintretensentscheid der UBI sei aufzuheben, da er vom Schweizer Fernsehen aus unsachlichen, politischen Motiven diskriminiert werde, was seine Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit verletze.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 (...)

3.2 Die UBI hat es vorliegend zu Recht abgelehnt, die Eingabe des Beschwerdeführers als Programmbeschwerde zu behandeln:

3.2.1 Der VgT wandte sich nicht mit einer den bundesrechtlichen Anforderungen genügenden Begründung gegen eine konkrete Sendung der SRG, sondern kritisierte allgemein deren Verhalten ihm gegenüber, wofür er lediglich auf einzelne Beiträge und von ihm der SRG angebotene Themen Bezug nahm, welche diese nicht bereit gewesen sei, in der von ihm gewünschten (kritischen) Art in ihr Programm einfließen zu lassen. Zwar bildet das «Vielfaltsgebot» Teil des Programmauftrags; es bezieht sich jedoch primär auf die Programme in

ihrer Gesamtheit und ist weitgehend programmatischer Natur (vgl. BGE 134 I 2 E. 3.3.2 S. 7; Herbert Burkert, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl. 2008, N. 10 ff. zu Art. 93 BV; BBl 2003 1669). Einzig im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen ist es aus staatspolitischen Gründen auch direkt im Rahmen einzelner Sendungen und Beiträge von Bedeutung (BGE 134 I 2 E. 3.3.2 S. 7 mit Hinweisen; vgl. Andreas Kley, Die Medien im neuen Verfassungsrecht, in: Ulrich Zimmerli [Hrsg.], Die neue Bundesverfassung, 2000, S. 183 ff., dort S. 215).

3.2.2 Hierüber hinaus bildet die Einhaltung des Vielfaltsgebots regelmässig Prüfungsgegenstand der Zeitraumbeschwerde (BGE 123 II 115 E. 3a S. 121); dies indessen nicht voraussetzungslos: Das Programm eines Veranstalters kann im Rahmen der Programmaufsicht nicht - wie vom Beschwerdeführer gewünscht - über Jahre zurück infrage gestellt werden; der Gesetzgeber hat die entsprechende Kontrollmöglichkeit bewusst und explizit auf drei Monate beschränkt (vgl. ANDREAS KLEY, Beschwerde wegen verweigertem Programmzugang: Trojanisches Pferd oder Ei des Kolumbus?, in: Medialex 2008 S. 15 ff., dort S. 22 f.), was im Rahmen von Art. 10 in Verbindung mit Art. 13 EMRK bzw. Art. 29a BV zulässig ist, da gegen jede Sendung unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben im Interesse des Publikums bereits wegen einer Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots, d.h. wegen eines unsachlichen, in Verletzung journalistischer Sorgfaltspflichten manipulativ bzw. einseitig wirkenden Berichts, Beschwerde geführt werden kann (vgl. BGE 134 II 260 ff.) und eine Prüfung des Programms auf seine Vielfältigkeit hin nur zeitlich beschränkt wird.

3.2.3 Die rundfunkrechtliche Programmfreiheit des Veranstalters geht wegen des mit einer zeitlich unbegrenzten nachträglichen Programmkontrolle verbundenen Einschüchterungseffekts («chilling effect»: vgl. Franz Zeller, Öffentliches Medienrecht, Bern 2004, S. 112 ff.) dem Interesse des Beschwerdeführers vor, über Jahre hinweg belegen zu können, in welchen Sendegeräten jeweils nicht über ihn bzw. seine tierschützerische Sicht der Dinge berichtet wurde, obwohl er dies gewünscht hätte. Der Gesetzgeber hat für solche Fälle die Zugangsbeschwerde geschaffen, welche den Rechtsweg im Sinne von Art. 13 in Verbindung mit Art. 10 EMRK bei einer glaubhaft gemachten diskriminierenden Verweigerung des Zugangs zum Programm öffnet. Zwar nennt der VgT mehrere Sendungen, die belegen sollen, dass er benachteiligt werde, doch gehen diese bis auf das Jahr 2001 zurück und sind damals von

medialex-2010-29

ihm nicht oder erfolglos beanstandet worden; sie können heute - auch unter dem Gesichtspunkt der Schutzpflichten des Staates nach Art. 10 EMRK - nicht erneut zum Gegenstand einer Programmbeschwerde gemacht werden.

3.3 Hingegen hätte die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen die Eingabe des Beschwerdeführers als Zugangsbeschwerde entgegennehmen müssen:

3.3.1 Als Ausfluss der Medien-, Programm- und Informationsfreiheit besteht - auch nach der Praxis der Strassburger Organe (vgl. den Unzulässigkeitsentscheid der EKMR i.S. Association mondiale pour l'Ecole Instrument de Paix gegen die Schweiz vom 24. Februar 1995, in: VPB 59/1995 Nr. 144 S. 1044 ff.; BGE 123 II 402 E. 5 mit Hinweisen) - grundsätzlich kein «Recht auf Antenne», d.h. kein Anspruch darauf, dass ein Veranstalter eine bestimmte Information oder Auffassung eines Dritten gegen seinen Willen bzw. gegen sein redaktionelles Konzept ausstrahlen muss (BGE 134 I 2 E. 3.2.1; 127 I 84 E. 4b S. 88; 125 II 624 E. 3a; 123 II 402 E. 2b/cc und 3b; 119 Ib 241 E. 4 S. 248, 250 E. 3b S. 252; Rolf H. Weber, Rundfunkrecht, 2008, N. 12 ff. zu Art. 6 RTVG; zu Deutschland: Urteile des Bundesverfassungsgerichts 1 BvR 2378/03 und 2 BvR 1332/02). Nach Art. 6 RTVG sind die Programmveranstalter, soweit das Bundesrecht nichts anderes bestimmt, nicht an die Weisungen von eidgenössischen, kantonalen oder kommunalen Behörden gebunden (Abs. 1). Sie sind in der Gestaltung, namentlich in der Wahl der Themen, der inhaltlichen Bearbeitung und der Darstellung ihrer Programme frei und tragen dafür die Verantwortung (Abs. 2). Niemand kann von einem Programmveranstalter die Verbreitung bestimmter Darbietungen und Informationen verlangen (Abs. 3). Dies

gilt heute umso mehr, als die SRG zwar nach wie vor über eine Sonderstellung in der schweizerischen Rundfunklandschaft verfügt, jedoch nicht mehr als «Monopolmedium» gelten kann (vgl. Auer/Malinverni/Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Bd. II, 2. Aufl. 2006, N. 592). Die neuen Technologieformen (Internet, Digitalfernsehen usw.) erlauben dem Publikum, sich aus den unterschiedlichsten Quellen zu informieren; gleichzeitig gestatten sie dem Einzelnen, sich im Rahmen einer Vielzahl von Medien über die private Kommunikation hinaus Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit zu verschaffen (vgl. Herbert Burkert, *Die Unabhängige Beschwerdeinstanz des Radio- und Fernsehgesetzes - Ansätze zu einer informationsrechtlichen Betrachtung*, in: *Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, 2005, S. 859 ff.). Es kann deshalb zum Schutz vor Benachteiligung beim Kampf um die öffentliche Aufmerksamkeit nur ausnahmsweise in die Programmautonomie der einzelnen Veranstalter eingegriffen und ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Zugang zu einem konkreten Radio- oder Fernsehprogramm anerkannt werden.

3.3.2 Das Bundesgericht hat für politische Radio- und Fernsehsendungen bzw. für Sendungen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen betont, dass die verschiedenen Parteien und Kandidaten bei der Zulassung zum Programm rechtsgleich zu behandeln sind. Allfällige Ungleichbehandlungen müssen sich auf sachliche, nicht diskriminierende Gründe stützen. Im Vorfeld von Abstimmungen und Wahlen ist dem Gebot der Chancengleichheit, der Neutralität des Staates, der rechtsgleichen Verwirklichung der Wahl- und Abstimmungsfreiheit, dem Diskriminierungsverbot und dem Minderheitenschutz Rechnung zu tragen (vgl. Müller/Schefer, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl. 2008, S. 496; KLEY, *Die Medien im neuen Verfassungsrecht*, a.a.O., S. 217 f.). Hierüber hinaus kann sich die Verpflichtung, einen Zugang zum Programm zu gewähren, aber auch aus dem Rechtsgleichheitsgebot oder dem Willkürverbot ergeben (Müller/Schefer, a.a.O., S. 497). Der Gesetzgeber hat zur verfahrensrechtlichen Umsetzung solcher Pflichten die Möglichkeit der Zugangsbeschwerde an die UBI geschaffen (vgl. Kley, a.a.O., S. 16 ff.). Der Bundesrat hielt in der Botschaft zum RTVG fest, dass damit ein «wirksamer Rechtsschutz» in verfassungs- und konventionsrechtlicher Hinsicht gewährleistet werde (BBl 2003 1670); neu erfasse das Verfahren der Programmaufsicht nicht bloss ausgestrahlte Sendungen, «sondern auch Streitigkeiten um den Zugang zum Programm». Da solche Fragen regelmässig das Programmschaffen «im engsten Sinne» betreffen, sei es sachgerecht, «sie im gleichen Verfahren wie Beanstandungen redaktioneller Sendungen», d.h. durch die UBI, behandeln zu lassen. Zwar ergebe sich aus dem RTVG selber kein Anspruch auf Zugang Dritter zum Programm, doch könne eine Verweigerung des Zugangs zu redaktionellen Gefässen oder zum Werbeteil ausnahmsweise unter dem Blickwinkel der Verfassung oder der Europäischen Menschenrechtskonvention problematisch erscheinen; dem solle mit der neuen Rügemöglichkeit der rechtswidrigen Verweigerung des Programmzugangs Rechnung getragen werden, wobei die «ablehnende Haltung des Programmveranstalters» jedoch nur «in seltenen Ausnahmefällen als rechtswidrig einzustufen sein» werde (BBl 2003 1741). Die Unabhängigkeit und die Programmautonomie der Veranstalter sollen somit nur zur Durchsetzung besonders wichtiger, grundrechtlicher Ansprüche beschränkt werden (so auch Kley, a.a.O., S. 21).

3.3.3 Anfechtungsobjekt der Zugangsbeschwerde bildet die Ablehnung eines Begehrens um Zugang zum Programm (vgl. Art. 92 Abs. 1 RTVG; Kley, a.a.O., S. 23); diese setzt in aller Regel voraus, dass der Veranstalter einem entsprechenden Gesuch ausdrücklich keine Folge gibt. Einladungen zu Medienveranstaltungen und ähnlichen Anlässen, die der Veranstalter nicht weiter berücksichtigt, genügen hierfür nicht. Die entsprechende Weigerung kann sich jedoch auch - wie hier - aus einem konkludenten Verhalten im Gesamtzusammenhang bzw. aus der Vernehmlassung des Veranstalters zuhanden der Ombudsstelle ergeben. Der beschwerdeführende Verein machte aufgrund verschiedener Umstände geltend, er werde durch die SRG systematisch diskriminiert. Diese lehne es ohne sachlichen Grund ab, über irgendwelche Themen zu berichten, die ihn bzw. seine Aktivitäten betreffen oder mit diesen im Zusammenhang stünden. Zwar nehme das Fernsehen tierschutzrechtliche Probleme auf, dabei werde er jedoch immer wieder von der Berichterstattung ausgeschlossen; diesbezüglich bestehe eine entsprechende Anweisung seitens des Chefredaktors, was die SRG bestreitet. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen kann die Frage der behaupteten Verfassungs- bzw. Konventionswidrigkeit der Zugangsverweigerung nicht abschliessend beurteilt und eine

Diskriminierung nicht zum Vornherein ausgeschlossen werden.

3.3.4 Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen hätte sich deshalb nicht darauf beschränken dürfen, festzustellen, dass auf die Zugangsverweigerungsbeschwerde «mangels eines genügenden Anfechtungsobjekts»

medialex-2010-30

nicht eingetreten werde (vgl. dort E. 1.3). Sie hätte vielmehr unter Berücksichtigung der Begründungs- und Mitwirkungspflichten des Beschwerdeführers im Rahmen der Untersuchungsmaxime materiell prüfen müssen, ob die SRG tatsächlich in verfassungs- bzw. konventionswidriger Weise den Beschwerdeführer diskriminiert hat oder nicht. Die Möglichkeit der Zugangsbeschwerde wurde hierfür geschaffen; ist im Zusammenhang mit dem Zugang zum Programm eines Veranstalters aufgrund von Indizien eine Beeinträchtigung von verfassungs- oder konventionsmässig geschützten Positionen Dritter nicht klar auszuschliessen, muss eine entsprechende Eingabe an die Hand genommen und materiell geprüft werden; die Zugangsbeschwerde darf in diesem Fall nicht, wie das die Vorinstanz hier getan hat, über eine zu grosse Formstrenge zum Vornherein für unzulässig erklärt und die Zugangsbeschwerdemöglichkeit mit einem entsprechenden Prozessurteil faktisch ihres Inhalts entleert werden. Der angefochtene Entscheid ist deshalb aufzuheben und die Sache zur Prüfung der angeblich verfassungs- bzw. konventionswidrigen Zugangsverweigerung an die UBI zurückzuweisen.

Anmerkungen Einmal mehr hat der Verein gegen Tierfabriken (VgT) Anlass gegeben, das Schweizer Rundfunkrecht anzupassen. Im Unterschied zu früheren Fällen ging es hier nicht um einen verweigerten Zugang zum Werbefernsehen, sondern um eine Frage des Zugangs zu redaktionellen Sendungen. Seit den verschiedenen Urteilen, die in Sachen VgT gegen Publisuisse bzw. SRG ergangen sind und die zu einer zweifachen Verurteilung der Schweiz in Strassburg geführt haben (zuletzt: Urteil des EGMR (Grosse Kammer) vom 30. Juni 2009, zusammengefasst in medialex 4/2009, S. 228-229, und 2. Revisionsurteil des Bundesgerichts vom 4. November 2009, zusammengefasst in diesem Heft S. 36 f.), ist klar, dass im *Werbefernsehen* gegen Bezahlung (und im Rahmen von Art. 10 RTVG) grundsätzlich jedermann Zugang zur Antenne zusteht. Wie das Bundesgericht im 2. Revisionsurteil i.S. VgT betont, hält es zwar an seiner Praxis fest, wonach die SRG im Werbebereich privatrechtlich handelt. Indessen sieht es die Werbeaktivitäten der SRG als so eng mit ihrer Konzession und der daraus fliessenden Verpflichtung zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe verbunden, dass es die SRG verpflichtet, die Grundrechte auch im Werbebereich zu beachten.

Geht das Bundesgericht schon im Bereich des privaten Handelns der SRG von einer starken Grundrechtsbindung aus, scheint es auf den ersten Blick nur konsequent, dass es mit dem vorliegenden Urteil seine Praxis zum «Recht auf Antenne» auch bei redaktionellen Sendungen aus Gründen der Grundrechte überprüft. Indessen wiegt der Eingriff in die Programmfreiheit der Veranstalterin, der mit der Pflicht verbunden ist, einen bestimmten Inhalt auszustrahlen, stärker als ein verordneter Zugang zum Werbefernsehen. Mit diesem Urteil relativiert das Bundesgericht das apodiktische «kein Recht auf Antenne» in Art. 6 Abs. 3 RTVG (relativierend bereits Botschaft RTVG, BBl 2003, S. 1670) und anerkennt, dass grundrechtliche Ansprüche, insbesondere Gründe der Rechtsgleichheit oder des Willkürverbots, Dritten Zugang zu den redaktionellen Sendungen verschaffen können.

Das ist ein Entscheid von sehr grosser Tragweite für die Programmautonomie der Rundfunkveranstalterinnen in der Schweiz, der auch die Medienfreiheit im Kern erschüttert. Deshalb ist es zu bedauern, dass das Bundesgericht der UBI keine Hinweise mitgegeben hat, wie das Urteil ohne zu grossen Schaden für die Programmautonomie der Veranstalterinnen und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit umzusetzen ist. Das Bundesgericht beschränkt sich auf die Feststellung, dass ein Gesuchsteller für das Eintreten eine diskriminierende Zugangsverweigerung bloss glaubhaft machen müsse, wofür Anzeichen bereits ausreichen (E. 3.2.3). Es unterlässt es jedoch, konkrete Kriterien zu definieren, die für eine materielle Gutheissung der Beschwerde erfüllt sein müssen. Damit reicht es die heisse Kartoffel einfach an die UBI

weiter. Es ist offen, ob diese justiziable Kriterien finden wird, um das Vorliegen einer Diskriminierung einer Drittperson vernünftig beurteilen zu können. Dazu müsste sie unter Umständen das publizistische Angebot einer Veranstalterin über einen längeren Zeitraum hinweg überprüfen. Während bei der Zeitraumbeschwerde der überprüfbare Zeitraum eng begrenzt ist (drei Monate) und Substanziierungspflichten der Beschwerdeführer bestehen, fehlen hier entsprechende prozedurale Leitplanken. Es ist fraglich, ob die UBI als Milizbehörde mit einem sehr kleinen Sekretariat dieser neuen Aufgabe gewachsen sein wird. Auch bezüglich der Umsetzung eines UBI-Entscheides sind viele Fragen offen: Die UBI verfügt lediglich über Feststellungskompetenzen und kann auch bei wiederholter rechtswidriger Verweigerung des Zugangs zum Programm bloss finanzielle Verwaltungssanktionen androhen (Art. 97 Abs. 4 i.V. mit Art. 90 Abs. 1 lit. h RTVG). Es wird somit Sache der Veranstalterin sein, mit dem Gesuchsteller über eine geeignete Präsenz desselben oder seiner Anliegen in ihren Sendungen zu verhandeln. Man kann sich vorstellen, welche Schwierigkeiten sich hier für die Praxis ergeben - man denke nur an die Möglichkeit, dass z.B. der VgT bei der Gestaltung einer Sendung mitreden möchte. Während das ZGB die Umsetzung des Gegendarstellungsrechts in mehreren Artikeln (ZGB 28g-1) detailliert regelt, hat der Gesetzgeber des RTVG diese Probleme übersehen, als er die Zugangsbeschwerde schuf, um das Schweizer Recht an die VgT-Praxis des EGMR anzupassen.

Prof. Christoph Beat Graber, Luzern