



Urteil vom 29. September 2016

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richter Maurizio Greppi,
Gerichtsschreiber Andreas Meier.

Parteien

1. **3 Plus Group AG**, Obermattweg 12, 6052 Hergiswil NW,
2. **Pro Sieben Puls 8 TV AG**, Limmatstrasse 275,
8005 Zürich,
3. **Goldbach Media (Switzerland) AG**, Seestrasse 39,
8700 Küsnacht ZH,
alle vertreten durch Rechtsanwalt Hanspeter Kaspar und
Rechtsanwalt Matthias Stauffacher, Reichenbach Rechts-
anwälte AG, Talacker 50, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG,
Generaldirektion, Giacomettistrasse 1, Postfach 570,
3000 Bern 31,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Marco Donatsch,
Donatsch Rechtsanwälte, Kreuzplatz 1, Postfach 2016,
8032 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

und

Bundesamt für Kommunikation BAKOM,
Zukunftstrasse 44, Postfach 252, 2501 Biel,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zulässigkeit von zielgruppenspezifischer Werbung der SRG.

Sachverhalt:**A.**

Am 13. Juli 2015 meldete die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) gestützt auf Art. 29 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) eine geplante Kooperation (Joint Venture) im Bereich der Werbeermarktung mit der Ringier AG und der Swisscom AG.

Das BAKOM leitete erste Abklärungen ein um zu prüfen, ob die Beteiligung der SRG am Joint Venture die Erfüllung des Programmauftrags beeinträchtigt oder den Entfaltungsspielraum anderer Medienunternehmen erheblich beschränkt. Gemäss Art. 29 Abs. 2 RTVG kann das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) in diesen Fällen Auflagen machen oder die Tätigkeit untersagen.

B.

Am 13. Oktober 2015 reichten die 3 Plus Group AG, die Pro Sieben Puls 8 TV AG und die Goldbach Media (Switzerland) AG dem BAKOM eine Stellungnahme ein. Sie beantragten, der SRG sei die Beteiligung am Joint Venture zu untersagen, eventualiter seien ihr verschiedene Auflagen zu machen. Ebenso beantragten sie, es sei ihnen Parteistellung einzuräumen.

C.

Am 29. Februar 2016 entschied das UVEK über allfällige Anordnungen nach Art. 29 Abs. 2 RTVG. Es hielt fest, die Beteiligung der SRG am Joint Venture werde zur Kenntnis genommen und es würden keine Auflagen gemacht. Der Antrag der 3 Plus Group AG, der Pro Sieben Puls 8 TV AG und der Goldbach Media (Switzerland) AG um Parteistellung wurde abgewiesen und auf ihre Anträge in der Sache nicht eingetreten.

Neben dem Entscheid des UVEK erging am 29. Februar 2016 auch eine Verfügung des BAKOM. Dieses führte aus, im Rahmen des Verfahrens nach Art. 29 RTVG habe sich gezeigt, dass die Zulässigkeit zielgruppenspezifischer Werbung in den Programmen der SRG zu klären sei. Das BAKOM sei gestützt auf Art. 86 Abs. 1 RTVG zuständig, über diese Frage zu befinden. Das BAKOM kam zum Schluss, aufgrund der geltenden konzessionsrechtlichen Grundlagen sei die erwähnte Werbform derzeit nicht zulässig. Entsprechend stellte es im Dispositiv seiner Verfügung fest, der SRG sei die Ausstrahlung zielgruppenspezifischer Fernsehwerbung in ihren Programmen nicht erlaubt.

D.

Am 15. April 2016 reichen die 3 Plus Group AG, die Pro Sieben Puls 8 TV AG und die Goldbach Media (Switzerland) AG (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) beim Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde ein.

Die Beschwerdeführerinnen zielen mit ihrer Beschwerde zunächst darauf ab, dass der Entscheid des UVEK aufgehoben und der SRG die Beteiligung am Joint Venture untersagt bzw. dieser verschiedene Auflagen gemacht werden (vgl. Anträge 1 bis 6). Das Bundesverwaltungsgericht nimmt die Behandlung der entsprechenden Rechtsbegehren unter der Verfahrensnummer A-2412/2016 an Hand (vgl. dazu das heutige Urteil in den Verfahren A-1703/2016, A-2244/2016 und A-2412/2016).

Weiter richtet sich die Beschwerde gegen die Verfügung des BAKOM. Der entsprechende Antrag 7 lautet wie folgt:

"7. Es sei Ziffer 1 Dispositiv der BAKOM-Verfügung anzupassen und der SRG in Bezug auf zielgruppenspezifische Werbung:

7.1 in sämtlichen Mediengattungen (d.h. sämtlichen Geschäftsfeldern der Joint Venture Parteien) jegliche Aktivitäten zu untersagen; und

7.2. insbesondere – nebst der Ausstrahlung – auch jegliche Her- und Ausgestaltung, Vorbereitung, Förderung, Unterstützung, Vermarktung, Vermittlung und Mitwirkung zu untersagen."

Zur Behandlung dieses Rechtsbegehrens leitet das Bundesverwaltungsgericht das vorliegende Beschwerdeverfahren ein.

E.

Das BAKOM (nachfolgend: Vorinstanz) beantragt in seiner Vernehmlassung vom 1. Juni 2016, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Es führt aus, es habe es als allgemeine Aufsichtsbehörde für notwendig erachtet, zu klären, ob die SRG im konzessionierten Bereich, d.h. in ihren Fernsehprogrammen, zielgruppenspezifische Werbung ausstrahlen dürfe. Es sei zum Schluss gekommen, dass dies derzeit nicht zulässig sei. Die Beschwerdeführerinnen seien durch diese Verfügung in keiner Weise beschwert. Die nicht konzessionierte Tätigkeit der SRG sei Gegenstand des Verfahrens nach Art. 29 RTVG und damit des Entscheids des UVEK gewesen. Die Vorinstanz habe nicht die Kompetenz, die im Beschwerdeantrag 7 geforderten Auflagen zu erlassen.

F.

Auch die SRG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) macht in ihrer Beschwerdeantwort vom 1. Juni 2016 geltend, mit der angefochtenen Verfügung sei dem Anliegen der Beschwerdeführerinnen im Ergebnis entsprochen worden. Es fehle damit an einem erlittenen Nachteil. Die mit Beschwerdeantrag 7 beantragten Anordnungen würden sich auf die nicht konzessionierte Tätigkeit der Beschwerdegegnerin beziehen und damit in den Anwendungsbereich von Art. 29 RTVG fallen. Demnach sei auf die Beschwerde, soweit sie sich gegen die Verfügung der Vorinstanz richte, mangels Beschwer und mangels Zuständigkeit nicht einzutreten.

G.

Die Beschwerdeführerinnen halten in ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2016 am Antrag 7 fest und ergänzen diesen wie folgt:

"7.3: Eventualiter zu Antrag 7, 7.1 und 7.2 sei die Einhaltung der Verfügung durch die Vorinstanz zu gewährleisten und Massnahmen nach Art. 90 lit. a RTVG zu ergreifen."

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, es treffe nicht zu, dass ihrem Anliegen entsprochen worden sei. Das anwendbare Konzessionsrecht verlange, dass antragsgemäss jegliche Aktivitäten bezüglich zielgruppenspezifischer Werbung in allen Mediengattungen untersagt würden. Hinzu komme, dass sich die Beschwerdegegnerin nicht an die Verfügung der Vorinstanz halte und unter anderem zielgruppenspezifische IPTV-Werbung anbiete.

H.

Die Beschwerdegegnerin bestreitet in ihrer Stellungnahme vom 10. August 2016, gegen die angefochtene Verfügung zu verstossen.

I.

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021), sofern diese von einer Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG erlassen wurden und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist.

1.1 Der angefochtene Entscheid stellt eine Verfügung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG dar. Das BAKOM gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist somit eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (vgl. Art. 32 VGG und Art. 99 RTVG).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist folglich für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

2.

Näher zu prüfen sind die übrigen Eintretensvoraussetzungen.

2.1 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

2.1.1 Während Buchstabe a dieser Bestimmung eine "formelle" Beschwer voraussetzt, umschreiben die Buchstaben b und c die ebenfalls erforderliche "materielle" Beschwer. Materiell beschwert ist zunächst der materielle Adressat einer Verfügung, dessen Rechtsstellung durch die Verfügung direkt beeinträchtigt wird. Ein Dritter gilt sodann als materiell beschwert, wenn er in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht und ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat (vgl. zum Ganzen VERA MARANTELLI / SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Auflage 2016, Art. 48 Rz. 22 f., 24 und 26).

2.1.2 Die Vorinstanz prüft in der angefochtenen Verfügung die Zulässigkeit zielgruppenspezifischer Werbung in den Programmen der Beschwerdegegnerin. Sie stellt fest, dass der Beschwerdegegnerin die Ausstrahlung solcher Werbung in ihren Programmen nicht erlaubt ist. Materiell beschwert durch diese Feststellung ist die Beschwerdegegnerin. Hingegen zielen die Beschwerdeführerinnen gerade darauf ab, die Ausstrahlung zielgruppenspezifischer Werbung durch die Beschwerdegegnerin zu verhindern. Sie haben also kein Interesse an einer Aufhebung oder Änderung der getroffenen Feststellung. Nur schon aus diesem Grund sind sie nicht materiell beschwert. Ob im Übrigen eine ausreichende Beziehungsnähe zur Streitsache gegeben wäre, kann offen gelassen werden.

2.2 Die Beschwerdeführerinnen beantragen in ihrer Beschwerde denn auch keine inhaltliche Änderung der getroffenen Feststellung, sondern zusätzliche Anordnungen, wonach die Beschwerdegegnerin jegliche "Unterstützungshandlungen" in Bezug auf zielgruppenspezifische Werbung zugunsten der Joint-Venture-Partner zu unterlassen habe. Wie soeben dargelegt, hat sich die Vorinstanz einzig mit der Zulässigkeit zielgruppenspezifischer Werbung in den Programmen der Beschwerdegegnerin befasst. Sie hat also Anordnungen hinsichtlich des Ausstrahlens von Programmen geprüft, nicht aber solche, die andere Tätigkeiten der Beschwerdegegnerin betreffen.

Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur das Rechtsverhältnis sein, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet. Rechte oder Pflichten, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat, hat das Bundesverwaltungsgericht nicht zu beurteilen (vgl. dazu MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage 2013, Rz. 2.8). Die Beschwerdeführerinnen gehen mit ihrem Beschwerdeantrag 7 demnach über den möglichen Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hinaus. Im Übrigen erscheint der Standpunkt der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin plausibel, wonach die beantragten Anordnungen gegebenenfalls im Verfahren nach Art. 29 RTVG zu treffen wären. Nach dem Gesagten erübrigt es sich aber, näher darauf einzugehen.

2.3 In ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2016 machen die Beschwerdeführerinnen sodann geltend, die Beschwerdegegnerin halte sich nicht an die angefochtene Verfügung. Sie ergänzen ihren Beschwerdeantrag 7 dahingehend, die Vorinstanz habe für die Einhaltung der Verfügung zu sorgen und Massnahmen nach Art. 90 Bst. a RTVG (recte: Art. 90 Abs. 1 Bst. a

RTVG) zu ergreifen. Gemäss dieser Bestimmung kann die Vorinstanz denjenigen, der gegen eine von ihr als Aufsichtsbehörde erlassene Verfügung verstösst, mit Verwaltungssanktionen belegen.

Auch dieser neue Antrag bewegt sich ausserhalb des möglichen Streitgegenstands des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Ausserdem handelt es sich nicht um eine blosser Präzisierung, sondern um eine Ausweitung des gestellten Rechtsbegehrens. Es wäre daher ohnehin nur auf den Antrag einzutreten gewesen, wenn er innert der Beschwerdefrist (vgl. Art. 50 Abs. 1 VwVG) gestellt worden wäre.

2.4 Zusammengefasst sind die Beschwerdeführerinnen durch die angefochtene Verfügung nicht materiell beschwert. Soweit sie dennoch Anträge stellen, gehen sie über den möglichen Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens hinaus. Auf ihre Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

3.

Bei diesem Verfahrensausgang gelten die Beschwerdeführerinnen als unterliegend, weshalb sie die auf Fr. 1'000.– festzusetzenden Verfahrenskosten zu tragen haben (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dieser Betrag ist dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 1'000.– ist zurückzuerstatten.

Der Beschwerdegegnerin steht angesichts ihres Obsiegens eine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE). Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 2'000.– (Anwaltshonorar inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer). Als unterliegende Gegenpartei sind die Beschwerdeführerinnen zur Bezahlung der Entschädigung verpflichtet (vgl. dazu Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Den Beschwerdeführerinnen werden Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 1'000.– wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu haben die Beschwerdeführerinnen dem Bundesverwaltungsgericht ihre Post- oder Bankverbindung anzugeben.

3.

Die Beschwerdeführerinnen werden verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Kathrin Dietrich

Andreas Meier

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: