



Zwischenverfügung vom 31. Juli 2006

des Bundesamtes für Kommunikation BAKOM

in Sachen **TeleBärn, Tele Basel, Tele M1, Tele Ostschweiz, Tele Tell, Tele Top, Tele Züri**
vertreten durch ...

gegen **Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR**
Giacomettistr. 3
3000 Bern 15

betreffend **Vorsorgliche Massnahmen (Zugangsrechte zu Fussball- und Eishockeyspielen)**

1. Prozessgeschichte

Am 24. Juli 2006 ging beim BAKOM eine Anzeige von sieben Rundfunkveranstaltern ein, welche sich gegen die von der SRG kommunizierten neuen Zugangsbedingungen zu Fussball- und Eishockeyspielen richtet, bezüglich welcher die SRG über Exklusivrechte verfügt. Das BAKOM wurde um den Erlass von vorsorglichen Massnahmen ersucht.

Am 24. Juli 2006 eröffnete das BAKOM ein verwaltungsrechtliches Verfahren zur Klärung der aufgeworfenen Rechtsfragen und teilte den Parteien mit, dass es den Erlass vorsorglicher Massnahmen in Erwägung ziehe. Den Parteien wurde das rechtliche Gehör gewährt – mit zwei separaten Fristen für die Frage der vorsorglichen Massnahmen und zum Hauptverfahren.

Mit Schreiben vom 26. Juli 2006 bevollmächtigten alle sieben Rundfunkveranstalter Herrn ..., in rubrizierter Angelegenheit in ihrem Namen zu handeln und ihre Interessen im Verfahren wahrzunehmen.

Am 31. Juli 2006 traf die Stellungnahme der SRG SSR idée suisse (nachfolgend: SRG SSR) zum Erlass vorsorglicher Massnahmen fristgerecht beim BAKOM ein. Auf deren Inhalt wird in den nachfolgenden Erwägungen dieser Zwischenverfügung eingegangen.

2. Rechtliches

2.1. Formelles

Gestützt auf Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 21. Juni 1991 (RTVG) i.V.m. Art. 51 Abs. 1 der Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997 (RTVV) übt das BAKOM die Aufsicht über die Veranstalter aus. Es trifft die administrativen Massnahmen nach Art. 67 Abs. 1 des Gesetzes. Da die Hauptsache in den Zuständigkeitsbereich des BAKOM fällt, ist die Aufsichtsbehörde auch zuständig für die Prüfung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen (Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II, S. 368). Diese sind gestützt auf Art. 45 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG) in einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung anzuordnen.

2.2. Materielles

2.2.1. Sachverhalt

Die Anzeige der regionalen privaten Veranstalter stützt sich auf ein Schreiben der SRG SSR business unit sport, in welchem diese den News Access für die regionalen Sender für diejenigen Spiele der Fussball- und Eishockey-Spiele der Saison 2006/2007ff. regelt, für welche die SRG SSR über Exklusivrechte verfügt.

Stein des Anstosses für das vorliegende Verfahren sind zwei Bestimmungen: Laut dem Schreiben der SRG SSR können Drehgenehmigungen für eigene *Spielbilder* der Regionalsender nicht mehr genehmigt werden, da praktisch alle Spiele live und mit einem hohen Kamerastandard produziert werden. Dies wollen die Regionalsender nicht akzeptieren. Sie bestreiten ebenfalls die Angemessenheit der von der SRG SSR geltend gemachten finanziellen Abgeltung für den News Access. Für die Frage der Angemessenheit der finanziellen Abgeltung wurden keine vorsorglichen Massnahmen verlangt. Sie wird in dieser Zwischenverfügung nicht weiter vertieft.

2.2.2. Parteistellung der Regionalsender

Ob den Regionalsendern, welche den zu beurteilenden Sachverhalt zur Anzeige gebracht haben, im vorliegenden Verfahren Parteistellung zukommt, ist nach dem in Art. 6 VwVG definierten Parteibegriff zu entscheiden. Diese Bestimmung stellt ihrerseits auf Art. 48 VwVG ab. Als Parteien gelten im Bundesverwaltungsverfahren Personen, deren Rechte und Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht (Art. 6 VwVG). Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Dritter neben dem Verfügungsadressaten dann zur Beschwerde legitimiert, wenn er durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten Beziehung zur Streitsache steht und selber unmittelbar einen rechtlichen oder faktischen Nachteil erleidet (BGE 127 II 264 E. 2c, S. 269 mit Verweis auf BGE 123 II 376 E. 2, S. 378f.).

Streitig ist hier die Ausgestaltung des Zugangsrechts gemäss Art. 7 RTVG. Inhaber dieses im Hauptverfahren noch näher zu definierenden Rechts sind die Regionalveranstalter, die beim BAKOM vorstellig geworden sind. Die Entscheide des BAKOM im Hauptverfahren wie auch im vorliegenden Verfahren über vorsorgliche Massnahmen betreffen die Regionalveranstalter direkt. Ihre Parteistellung im vorliegenden Verfahren ist darum zu bejahen.

2.2.3. Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen

Vorsorgliche Massnahmen regeln die Rechtslage für die Dauer eines Prozesses. Sie zielen darauf ab, die Wirksamkeit der zu erlassenden Verfügung sicherzustellen (René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rn 1089 ff.).

Im Unterschied zum Beschwerdeverfahren (Art. 56 VwVG) enthält das VwVG keine gesetzliche Grundlage für die Anordnung provisorischer Massnahmen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren. Solche können aber von Amtes wegen oder auf Begehren getroffen werden. Dies verlangt das Gebot der Durchsetzung des materiellen Rechts (vgl. Rhinow/Koller/Kiss, a.a.O., Rn 1090; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rn 332).

Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist an folgende Voraussetzungen gebunden: Es muss eine günstige Erfolgsprognose in der Hauptsache gegeben sein, es droht ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil und die Anordnung der Massnahmen muss dringlich sein. Im Übrigen hat die Anordnung vorsorglicher Massnahmen den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit zu genügen (vgl. Häner, a.a.O., S. 322 ff.). Die Prüfung der Sach- und Rechtslage erfolgt in einem summarischen Verfahren, welches sich auf die vorhandenen Akten stützt (Rhinow/Koller/Kiss, a.a.O., S. 212, Rn 1093; BGE 127 II 132, Erw. 4 d, S. 141).

2.2.3.1. Erfolgsprognose

Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt voraus, dass das Gesuch in der Hauptsache bei einer summarischen Prüfung der Rechts- und Sachlage gute Erfolgsaussichten hat.

(...)

Gemäss Artikel 7 Absatz 1 lit. a RTVG müssen Veranstalter, die mit Dritten Verträge über die exklusive Wiedergabe von öffentlichen Ereignissen abschliessen (Primärveranstalter), die Zulassung anderer Veranstalter (Sekundärveranstalter) zum Zwecke der Berichterstattung dulden.

Laut der Botschaft des Bundesrates beschränkt sich dieser physische Zugang zwar lediglich auf eine „Berichterstattung ohne Bild- oder Tonwiedergabe“ (Botschaft RTVG, BBl 1987 II 731). Demnach muss der Primärveranstalter zwar die Sekundärveranstalter zum Ereignis zulassen. Diese dürfen aber weder Bild- noch Tonaufnahmen anfertigen. Diese Formulierung ist in der Lehre auf Kritik gestossen. Oliver Sidler, Exklusivberichterstattung über Sportveranstaltungen im Rundfunk, Bern 1995, S. 208 f. bezeichnet sie als redaktionelles Missgeschick, da die Rundfunkberichterstattung von Bild und Ton lebe. Den Primärveranstalter treffe eine Pflicht, den Sekundärveranstalter auch mit eigenen Ton- und Bildgeräten zu „dulden“. Laut Dumermuth, Rundfunkrecht, in: H. Koller/G. Müller/R. Rhinow/U. Zimmerli, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel 1996, S. 47 Rn 114 würde ein genereller Ausschluss der Sekundärveranstalter von eigenen Bild- und Tonaufnahmen gegen den Schutzzweck von Art. 7 Abs. 1 RTVG verstossen. Vielmehr sei die Bestimmung dahingehend zu verstehen, dass die Ausstrahlung selbst gemachter Aufnahmen sich an die Grenzen der Kurzberichterstattung halte, wie sie in der RTVV konkretisiert werden.

Aufgrund der Fakten- und Rechtslage ist bei einer summarischen Beurteilung davon auszugehen, dass Art. 7 Abs. 1 lit. a RTVG auch den physischen Zugang zu Sportveranstaltungen mit der Möglichkeit, Ton- und Bildmaterial zu erstellen (Physical Access), beinhaltet. Dies wird auch von der SRG SSR nicht bestritten. Dagegen macht sie geltend, dieser physische Zugang beschränke sich lediglich auf Zugang zu „Stimmungsbildern“, insbesondere in der sogenannten Mixed Zone, welcher von der SRG SSR auch gewährt werde. Diese Auffassung scheint bei einer summarischen Prüfung kaum mit dem geltenden Gesetzestext vereinbar. Wenn der Sekundärveranstalter dies wünscht, soll es ihm auch möglich sein, eigene Spielbilder zu produzieren, falls diesem Anliegen keine unüberwindbaren produktionstechnischen Hindernisse im Weg stehen.

Der Einwand der SRG SSR, Art. 7 RTVG statuiere lediglich eine *alternative* Verpflichtung des Primärveranstalters, dem Sekundärveranstalter entweder Physical Access *oder* Signal Access zu gewähren, ist hier nicht stichhaltig, da von einem Wahlrecht des Berechtigten, in concreto also der Regionalsender, auszugehen ist. Die Möglichkeit von eigenen Spielbildern muss für den Sekundärveranstalter selbst dann bestehen, wenn der Primärveranstalter ihm Signal Access im Sinne von Art. 7 Abs. 1 lit. b

RTVG anbietet. Macht der Sekundärveranstalter Physical Access geltend, so führt eine summarische Prüfung der Rechtslage zum Ergebnis, dass dieser vom Primärveranstalter zu dulden ist und umgekehrt keine Verpflichtung des Primärveranstalters mehr besteht, Signal Access zu gewähren.

Es ist demnach von guten Erfolgsprognosen in der Hauptsache auszugehen.

2.2.3.2. Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist möglich, wenn glaubhaft gemacht wird, dass den Geschuchstellern ohne diese Massnahmen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Es geht darum, die Schaffung von Zuständen zu vermeiden, die sich gar nicht mehr oder nicht mehr leicht im Sinne der Endentscheidung ändern lassen und dementsprechend die Wirksamkeit des Entscheides vereiteln (Häner, a.a.O., Rn 103).

Die regionalen Veranstalter weisen darauf hin, dass das Recht auf eine eigenständige Kurzberichterstattung für sie eine existenzielle Frage sei und die Schweizer Fussballmeisterschaft bereits seit dem 19. Juli 2006 laufe.

Es ist davon auszugehen, dass ein genereller Ausschluss von der eigenständigen Berichterstattung inkl. eigenen Spielbildern bei den Regionalsendern über die bereits laufende Fussballmeisterschaft hinaus zu Nachteilen führen könnte, welche nicht leicht wieder gut zu machen sind: Eine eigene Sportberichterstattung ohne fremde Bilder (für die im übrigen laut dem SRG-SSR-Schreiben vom 18. Juli 2006 ein obligatorischer Quellennachweis erforderlich ist) ist wesentlich für die Zuschauerbindung bei Regionalsendern und auch eine nur vorübergehende Reduzierung des diesbezüglichen Angebots könnte zu einer Abnahme des Publikumsinteresses bei den betroffenen Regionalsendern führen. Dies gilt umso mehr, als der Einsatz von eigenen Spielbildern offenbar gängiger Praxis entspricht und sich das Publikum entsprechend daran gewöhnt hat.

2.2.3.3. Dringlichkeit

Bezüglich der Dringlichkeit ist zu klären, ob mit der Massnahme nicht zugewartet werden kann, bis das Verfahren durchlaufen ist. Hat die Behörde bereits eine längere Zeit verstreichen lassen, bis sie die Massnahme selbst erlässt, kann sie sich nicht mehr auf die Dringlichkeit berufen (Häner, a.a.O., Rn 111).

Die Spiele der Schweizer Fussballmeisterschaft, für die ein grosses Publikums- und Medieninteresse besteht, sind bereits am Laufen. Die von den Regionalsendern beanstandete Zugangsregelung durch die SRG SSR bezieht sich explizit auch auf diese Spiele. Dem Anliegen der Geschuchsteller ist somit eine gewisse Dringlichkeit zu attestieren. Da die regionalen Sender davon ausgehen müssen, dass bis zu einem rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache zumindest einige Monate verstreichen und somit eine ganze Reihe von Spiele betroffen sein werden, ist von der Dringlichkeit einer vorsorglichen Regelung auszugehen, welche auch für die Spiele der kommenden Eishockey-Meisterschaft gilt.

2.2.3.4. Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als zentraler Grundsatz jeden rechtsstaatlichen Handelns umfasst gemäss Lehre und Rechtsprechung drei Komponenten, welche kumulativ erfüllt sein müssen: Eine Massnahme muss erstens im Hinblick auf das angestrebte Ziel geeignet sein. Die beabsichtigte Massnahme muss zweitens erforderlich sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Es ist daher das mildeste Mittel zu ergreifen, welches noch zum erhofften Erfolg führt. Drittens ist eine Verwaltungsmassnahme nur dann gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für die Betroffenen bewirkt, wahrt. Es wird also eine Rechtfertigung durch ein hinreichend gewichtiges öffentliches Interesse verlangt (vgl. dazu insbesondere Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2002, N 581 ff; Max Imboden/René A. Rhi-

now, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6. Auflage, Band I, S. 337 ff Nr. 58 und René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6. Auflage, Ergänzungsband S. 178 ff. Nr. 58 mit Hinweisen).

Das BAKOM hat den Parteien in seinem Schreiben vom 24. Juli 2006 bereits angekündigt, wie aus seiner Sicht eine allfällig zu ergreifende vorsorgliche Massnahme auszugestalten ist: Den regionalen Sendern ist jeweils dann physischer Zugang zu schweizerischen Fussball- und Eishockeystadien mit eigenen Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten zu gewähren, wenn Heim- oder Auswärtsspiele von Mannschaften aus ihrem konzessionierten Sendegebiet betroffen sind.

Da die Prüfung der Voraussetzungen für die Ergreifung einer solchen vorsorglichen Massnahme bisher positiv verlaufen ist, muss noch geprüft werden, ob sie auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen vermag.

- *Öffentliches Interesse:* Ein öffentliches Interesse an einer vorsorglichen Massnahme ist hier zu bejahen. Hinter den Zugangsrechten nach RTVG steht das Interesse der Öffentlichkeit an einer vielfältigen Berichterstattung, welche auch den Sportbereich mit seinen zum Teil stark regionalen Interessenlagen miterfasst. Um diesem öffentlichen Interesse zur Durchsetzung zu verhelfen, müssen private Interessen wie dasjenige der Exklusivberichterstattung in gewissem Masse zurück stehen.
- *Eignung/Erforderlichkeit:* Die zu prüfende vorsorgliche Massnahme stellt einen genau definierten Zugang der Regionalsender zu Fussball- und Eishockeyspielen her, für welchen diese aufgrund ihrer geographischen und medialen Verbundenheit ein konkretes Interesse für eigene Bild- und Tonaufnahmen inkl. Spielbilder nachweisen können. Damit kann der Zweck der angeordneten Massnahme, eine angemessene eigenständige Kurzberichterstattung auch bei bestehenden Exklusivverträgen, erreicht werden. Der Ausgang des Hauptverfahrens wird mit einem solch beschränkten Zugang nicht präjudiziert – sowohl ein restriktiveres wie ein extensiveres Zugangsrecht sind als Ergebnis des Hauptverfahrens denkbar. Die angeordnete Massnahme schafft für die Dauer des Verfahrens eine gewisse Rechtssicherheit und schützt die regionalen Veranstalter für einzelne Spiele vor einem Ausschluss von eigenen Spielbildern – auf der anderen Seite ist die „Belastung“ mit externen Rundfunkteams für die SRG SSR zumutbar, da es sich in der Regel wohl höchstens um zwei bis drei solche Teams handeln wird. Es handelt sich mithin um die mildest mögliche Massnahme, um den angestrebten Zweck zu erreichen.
- *Mittel-Zweck-Relation:* Eine Massnahme, die umfangreiche Investitionen von der Gesuchsgegnerin verlangt, ist einschneidender als eine Massnahme, die nur geringe Investitionen verlangt. Dies ist relevant bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (Mittel-Zweck-Relation). Bei Massnahmen, die geringe Investitionen der Gesuchsgegnerin erfordern, ist die Mittel-Zweck-Relation eher akzeptabel (BGE 127 II 132 Erw. 4 f, S. 141f.). Vorliegend wird von der SRG SSR einzig die Duldung von beschränkten Zugangsrechten für eine beschränkte Zahl von Veranstaltern verlangt, welche je nach Spiel bestimmbar sind. Weitere Investitionen sind keine nennenswerten zu tätigen.

Im übrigen lassen der Wortlaut des SRG-SSR-Schreibens vom 18. Juli 2006 sowie die Presseberichterstattung zum vorliegenden Fall darauf schliessen, dass die Berichterstattung der Regionalveranstalter mit eigenen Spielbildern gängiger Praxis entspricht. Die vorsorgliche Massnahme setzt damit während der Dauer des Hauptverfahrens diese Praxis lediglich in einem genauer definierten Rahmen und ohne präjudizierende Wirkung fort – bis ein Entscheid in der Hauptsache vorliegt.

Die Verhältnismässigkeit i.e.S. ist somit ebenfalls gegeben.

2.2.4. Ergebnis

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass hier eine vorsorgliche Massnahme im Sinne der Erwägungen und des Dispositivs angezeigt ist.

3. Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Verwaltungsbeschwerde gegen die Zwischenverfügung

Hat die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand, so kann die Vorinstanz darin einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Art. 55 VwVG nennt keine weiteren Voraussetzungen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung. Gemäss Lehre und Rechtsprechung hat die über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung befindende Behörde eine Interessenabwägung vorzunehmen. Hierbei prüft sie, ob die Gründe, welche für eine sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, welche dagegen sprechen (vgl. BGE 117 V 185, Erw. 2 b, S. 191; Kölz/ Häner, a.a.O., Rn 650). Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Im Allgemeinen wird sie ihren Entscheid auf den Sachverhalt stützen, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne zeitraubende weitere Erhebungen anzustellen (BGE 110 V 40 E. 5b S. 45). Bei der Abwägung der Interessen ist zu überlegen, wem ein durch die Prozessdauer und den Schwebezustand verursachter Schaden am ehesten zumutbar ist (VPB 37 Nr. 25, S. 61).

Vorliegend besteht ein öffentliches Interesse daran, dass dem Grundsatz der Medienvielfalt auch in dem Sinne zum Durchbruch verholfen wird, als regionale Sender in einem genau definierten Rahmen physischen Zugang mit eigenen Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten zu Fussball- und Eishockeyspielen erhalten, für welche Exklusivrechte bestehen. Dass der Einräumung dieser Zugangsrechte Dringlichkeit zukommt, wurde im Rahmen der Prüfung von vorsorglichen Massnahmen bejaht. Die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde würde die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zumindest vorübergehend wirkungslos machen – was angesichts der bereits laufenden Fussballmeisterschaft für die Regionalsender gravierende Folgen hätte. Dem öffentlichen Interesse einer unverzüglichen Durchsetzung des physischen Zugangsrechts der regionalen Veranstalter an sie interessierenden Sportveranstaltungen stehen keine schützenswerten privaten Interessen der SRG SSR gegenüber, welche den Entzug der aufschiebenden Wirkung als unzumutbar erscheinen lassen würden. Dies gilt umso mehr, als die vorsorgliche Massnahme im wesentlichen auf eine zwischen den Parteien während vieler Jahren etablierten Praxis aufbaut.

(...)

Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. TeleBärn, Tele Basel, Tele M1, Tele Ostschweiz, Tele Tell, Tele Top, Tele Züri wird im hängigen Aufsichtsverfahren 2006-00028 Parteistellung eingeräumt.
2. Das Gesuch der in Ziff. 1 erwähnten Veranstalter um vorsorgliche Massnahmen wird gutgeheissen.
3. Die SRG SSR wird angewiesen, den in Ziff. 1 erwähnten Regionalsendern im Rahmen ihres Kurzberichterstattungsrechts physischen Zugang zu Fussball- und Eishockeyspielen mit eigenen Bild- und Tonaufnahmegeräten inklusive Drehgenehmigungen für eigene Spielbilder zu gewähren. Diese Duldungspflicht gilt jeweils gegenüber denjenigen Veranstaltern, welche über Spiele berichten wollen, die Heim- oder Auswärtsspiele von Mannschaften aus ihrem konzessionierten Verbreitungsgebiet betreffen. Sie gilt ab Eröffnung dieser Zwischenverfügung bis zu einem Entscheid in der Hauptsache.
4. Einer allfälligen Verwaltungsbeschwerde gegen diese Zwischenverfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

(...)