

Buchpreisbindung zum Fünften

Philipp E. Zurkinden

Dr. iur. Fürsprecher, LL.M.Eur., Lehrbeauftragter für schweizerisches und europäisches Kartellrecht an der Universität und dem Europainstitut Basel

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Reko) hat am 11. Juli 2006 ihren Entscheid darüber gefällt, ob das Absprachekonstrukt zwischen Verleger, Zwischenbuchhändler und Buchhändler im deutschsprachigen Büchermarkt (in der Fachsprache kurz mit «Sammelrevers» bezeichnet) durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne des schweizerischen Kartellgesetzes (KG) gerechtfertigt werden kann. Im Rahmen dieses Sammelrevers verpflichten sich die einzelnen Buchhändler gegenüber den Verlagen, die von letzteren für die einzelnen Verlagserzeugnisse festgelegten Preise beim Wiederverkauf an die Endabnehmer einzuhalten. Die Verleger verpflichten sich ihrerseits, die von ihnen festgesetzten Preise auf der Detailhandelsstufe durchzusetzen. Die Reko, als nunmehr fünfte Entscheidungsinanz, welche sich in den letzten acht Jahren mit dem Sammelrevers auseinandersetzen hatte, entschied aufgrund einer Beschwerde des Schweizerischen Buchhändler- und Verleger-Verbands (SBVV) und des sog. Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V. (Börsenverein) gegen den Entscheid der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005 in dieser Sache.

Das KG lässt folgende Rechtfertigungsgründe zu: Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten, Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren, Förderung der Forschung und Verbreitung technischen oder beruflichen Wissens oder rationellere Ressourcen-Nutzung. Liegt einer der erwähnten Effizienzgründe vor und wiegt er die wettbewerbswidrigen Auswirkungen der in Frage stehenden Wettbewerbsbeschränkung auf, so gilt letztere als gerechtfertigt.

Sowohl die Weko als auch die Reko kommen mit ausführlichen Begründungen zum Schluss, dass keiner der erwähnten Effizienzgründe bestehe, welcher den Sammelrevers rechtfertigen könnte. Der SBVV und der Börsenverein argumentierten in erster Linie,

dass durch die Aufhebung des Sammelrevers die Titelvielfalt gefährdet werde, da eine Konzentration im Buchhandel erfolgen und auch die verlegerische Risikostreuung verunmöglicht werde. Vor allem der von Importkäufen geprägte Büchermarkt benötige ein flächendeckendes Buchhändlernetz mit entsprechender Beratung sowie eine durch Mischkalkulation ermöglichte Quersubventionierung von Nischenprodukten. Insofern garantiere der Sammelrevers ein optimales Angebot und ein effizientes Produktionsverfahren bzw. eine rationelle Nutzung von Ressourcen und fördere auch die Verbreitung von Fachwissen. Gemäss Weko und jüngst auch der Reko ist die Verringerung der Titelvielfalt nicht zwingend eine Folge der Aufhebung des Sammelrevers. Die Interdependenz zwischen flächendeckendem Buchhändlernetz und Titelvielfalt auf der einen und Preisbindung auf der anderen Seite könne auch durch einen Vergleich mit ausländischen Beispielen nicht belegt werden. So sei mit der Verstärkung der Konzentrationsbewegung bzw. der Entstehung alternativer Vertriebs-synergien (Kaufhäuser, Buchclubs, Discounter, Spezialbuchgeschäfte etc.) mit oder ohne Preisbindung zu rechnen. Auch könne das reale Bedürfnis des Endverbrauchers nach Information und Beratung auf andere Art (insbesondere durch Verlag und Medien direkt) befriedigt werden. Die Mischkalkulation bzw. Risikostreuung auf Stufe Verlag werde – wie beispielsweise in der Tonträgerindustrie – auch unter dem Regime des Preiswettbewerbs weitergehen und ein breites Angebot ermöglichen. Zudem sei in der Regel der Nachfrager nach verlegerischen Fach- und Nischenprodukten auch bereit, einen höheren Preis zu bezahlen und zwar auch für Beratungsdienstleistungen, wobei Trittbrettfahrertum praktisch ausgeschlossen sei. Aus einzelnen Aussagen lässt sich schliessen, dass die Wettbewerbsbehörden der Meinung sind, dass der vorliegende Fall vor dem Bundesrat nach Artikel 8 KG die besseren Chancen auf Gutheissung hatte.

Résumé: *Il y a quatre ans, le Tribunal fédéral a qualifié le prix unique du livre (Sammelrevers), c'est-à-dire l'accord entre les éditeurs et les librairies fixant les prix de revente des produits d'éditions de langue allemande, comme atteinte à la concurrence et a renvoyé l'affaire à la Comco. Le 21 mars 2005 la Comco a dénié une possibilité de justification et a jugé le Sammelrevers comme accord des prix violant la LCart. Le recours concernant la question de justification par des motifs d'efficacité économique a été rejeté par la Commission de recours pour les questions de la concurrence (Reko/Wef) le 11 juillet 2006. Le Sammelrevers n'aurait pas pour effet ni une amélioration des produits ou des procédés de fabrication ni une réduction des coûts de distribution et sa suspension aurait comme conséquence un niveau de service et de diversité des titres correspondant à la réelle demande des consommateurs. Les décisions des autorités de la concurrence soulèvent des questions.*

Zusammenfassung: *Vor vier Jahren hat das Bundesgericht den sog. Sammelrevers, d. h. die Abrede zwischen Verlegern und Buchhändlern, deutschsprachige Verlags-erzeugnisse zu jeweils von den Verlegern festgesetzten Preisen an Endkonsumenten zu verkaufen, als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Kartellgesetzes (KG) qualifiziert. Sie wies den Fall zur Abklärung, ob diese wettbewerbsbeschränkende Abrede allenfalls durch wirtschaftliche Effizienzgründe im Sinne des KG gerechtfertigt werden könne, an die Weko zurück. Vor knapp eineinhalb Jahren hat die Weko eine Rechtfertigungsmöglichkeit verneint und den Sammelrevers als unzulässige Preisabrede beurteilt. Die zum Rechtfertigungspunkt erfolgte Beschwerde wurde am 11. Juli 2006 von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen abgewiesen. Der neu herrschende Preiswettbewerb werde ein der Nachfrage gemässes Niveau an Beratung und Titelvielfalt für die Konsumenten zur Folge haben. Der Sammelrevers bewirke insbesondere weder eine Verbesserung der Produkte oder Produktverfahren noch eine Senkung der Vertriebskosten. Die Haltung der Wettbewerbsbehörden wirft Fragen auf.*

Kartellrechtliche Problematik

Das auf den ersten Blick einfach anmutende Abredegerüst bietet in kartellrechtlicher Hinsicht Beurteilungsprobleme. Gemäss Artikel 5 KG sind Abreden dann unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt ausschalten oder wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können. Das KG erfasst sowohl Abreden zwischen Unternehmen, welche auf der gleichen Marktstufe tätig und daher im Normalfall direkte Wettbewerber sind (sog. horizontale Abreden) als auch Abreden, welche von Unternehmen geschlossen werden, die auf verschiedenen Marktebenen aktiv sind (sog. vertikale Abreden). Für horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden (Artikel 5 Absatz 3 KG) sowie für vertikale Preisbindungen zweiter Hand und Gebietsabschottungen (Artikel 5 Absatz 4 KG) sieht das KG (widerlegbare) Vermutungen der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vor, wobei die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung für die genannten Vertikalabreden erst auf den 1. April 2004 eingeführt wurde.

Der Sammelrevers beinhaltet sowohl vertikale Aspekte, indem der Buchhändler und der einzelne Verlag vertraglich gebunden sind, aber auch horizontale Merkmale, indem auf der Buchhändlerstufe für die einzelnen gebundenen Bücher die gleichen, d. h. die von den Verlagen festgesetzten Preise verlangt werden und zwischen den Verlegern eine Verpflichtung zur Durchsetzung der Wiederverkaufspreise besteht.

Aus kartellrechtlicher Sicht stellen sich insbesondere die folgenden Fragen:

- Handelt es sich beim Sammelrevers um eine horizontale oder vertikale Abrede?
- Falls ein Tatbestand der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung vorliegt, kann die Vermutung widerlegt werden?
- Könnte, falls keine Wettbewerbsbeseitigung aber eine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs vorliegt, letztere durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden?

Urteil des Bundesgerichts vom 14. August 2002

Das Bundesgerichtsurteil zur Buchpreisbindung, wie auch die zuvor in dieser Sache gefäll-

ten Entscheide der Wettbewerbskommission (Weko) und der Rekurskommission (Reko), erging zu einer Zeit, in welcher das KG noch keine Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im Falle von Preisbindungen zweiter Hand oder vertikalen Gebietsabschottungen enthielt. Während die Weko in ihrer von der Reko am 21. Mai 2001 im Grundsatz bestätigten Verfügung vom 6. September 1999 zum Schluss kam, dass der Sammelrevers eine organisatorische Bündelung von vertikalen Preisbindungsverträgen sowie zwei horizontale Abreden (eine zwischen den Verlagen und eine zwischen den Buchhändlern) enthalte, welche ein gleichgerichtetes Preisverhalten auf der Buchhandelsebene zur Folge habe und daher Artikel 5 Absatz 3 KG anwendbar sei, hielt das Bundesgericht demgegenüber fest, dass zwar ein Gleichverhalten der Verlage vorliege, dass aber die dem Buchhandel vorgeschriebenen Preise nicht horizontal, sondern von jedem Verleger individuell und autonom abgestimmt würden. Es liess denn auch offen, ob eine horizontale Abrede zwischen den Verlagen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG besteht, stellte aber eine solche zwischen den Buchhändlern fest, welche die von den Verlagen festgesetzten Preise einhielten, womit eine Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs bestehe.

Mit Bezug auf die Frage der Widerlegung der Vermutung kam die Weko, wiederum zumindest im Grundsatz gestützt durch die Reko, zum Schluss, dass die Vermutung nicht widerlegt werden könne. So gebe es angesichts des Marktanteils der preisgebundenen Bücher von ca. 90% praktisch keinen Aussenwettbewerb und zudem sei aufgrund der Ausschaltung des zentralen Wettbewerbsparameters Preis auch kein Innenwettbewerb möglich. Das Bundesgericht entgegnete diesen Schlussfolgerungen insofern, als der Preis im Büchermarkt nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter darstelle, sondern dass Wettbewerb zwischen den Buchhandlungen auch aufgrund anderer Faktoren, insbesondere der Qualität der Serviceleistungen (Sortiment, Beratung usw.) bestehe, was ebenfalls durch die Schwankungen im Bestand der Buchhandlungen und derer Marktanteile erwiesen sei. Das Bundesgericht stellte also die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs fest, bejahte aber eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs und wies die Sache an die Weko zurück mit der Aufforderung, abzuklären, ob die durch den Sammelrevers verursachte erhebliche

Wettbewerbsbeschränkung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt werden könne. Sowohl die Weko wie darauffolgend die Reko haben nun diese Rechtfertigungsmöglichkeit im Sinne des KG abgelehnt.

Kommentar

Der Sammelrevers ist ein in kartellrechtlicher Hinsicht nicht einfach einzuordnendes Abredegebilde. Die bisherigen Beurteilungen der Wettbewerbsbehörden weisen denn auch dogmatische Unklarheiten auf: zunächst ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht offen lässt, ob auf Stufe Verleger eine horizontale Abrede besteht und sich zur Beurteilung lediglich auf eine horizontale Preisabrede zwischen den Buchhändlern konzentriert. Es fehlt eine Gewichtung der Interessen der am Sammelrevers beteiligten Parteien und es ist fraglich, ob das Parallelverhalten auf der Buchhändlerstufe überhaupt ohne horizontale Abrede auf der Verlegerstufe möglich wäre. Nach der vom Bundesgericht vorgenommenen Beurteilung müssten im Falle einer hypothetisch angenommenen direkten Sanktionierung somit nur die Buchhändler gebüsst werden, dies obwohl das Preiselement den Händlern vorgeschrieben wird. Falls zudem die von der Reko in ihrem ersten Entscheid vom 21. Mai 2001 aufgestellte Annahme zutrifft, wonach die Teilnahme der Buchhändler am Sammelrevers nicht freiwillig erfolgt, ist dies eine kaum angemessene Einschätzung der Lage und wohl nur schwer mit der jüngsten Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der Abrede (welcher dem Abredobegriff im schweizerischen KG entspricht) vereinbar, welche die grundsätzlich bestehende Freiheit der Abredeteiligen zur Gestaltung ihres Marktverhaltens voraussetzt. Zumindest zu erwägen wäre unter diesen Vorzeichen die Qualifizierung als horizontale Abrede zwischen den Verlegern mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung auf das Preisverhalten auf der Buchhändlerstufe.

Auch im Zusammenhang mit den Entscheiden der Weko und Reko zur Rechtfertigungsmöglichkeit tauchen Fragen auf. Zuerst erscheint klar, dass es gemäss Bundesgericht um die Rechtfertigung einer horizontalen Preisabrede geht. Ohne weitere Erklärung wenden aber sowohl die Weko als auch die Reko Rechtfertigungsgrundsätze an, die bei Vertikalabreden gelten. Weiter bestreiten weder die Weko noch die Reko eine Nachfrage nach verlege-

rischen Fach- und Nischenprodukten. Nach Meinung der Weko und Reko, wird es ein diesbezügliches Angebot aber auch ohne Preisbindung geben, da der Preiswettbewerb weiterhin eine Mischkalkulation der Verleger zulasse und zudem die Nachfrager von solchen Büchern bereit seien, einen höheren Preis als für gängige Literatur zu bezahlen. Ist diese Annahme praxisgerecht? Besteht nicht angesichts der Tatsache, dass Literatur im Nischenbereich vor allem von kleineren Verlagen herausgegeben wird, welche ohne Sammelrevers keine genügende Mischkalkulation vornehmen können und aufgrund der nicht einfach von der Hand zu weisenden Annahme, dass bei freiem Preiswettbewerb kaum damit gerechnet werden darf, dass die grossen Verlage sich neu solcher mit Risiken behafteter Verlagsprodukte annehmen werden, die Gefahr, dass dieses Angebot trotz bestehender Nachfrage verschwinden dürfte? Müsste nicht auch überprüft werden, inwiefern nur der Sammelrevers den als Unternehmen im Sinne des KG geltenden Autoren von Nischen- und Fachliteratur den Vertrieb sichert und ob mit dem Wegfall des Sammelrevers die Strukturen zur Ausübung dieser unternehmerischen Tätigkeit ernsthaft gefährdet sowie die bestehende Nachfrage nach mit dieser Tätigkeit hergestellten Produkte nicht mehr bedient würden? Das KG hat gerade zur Aufgabe, Strukturen zu schaffen bzw. zu erhalten, welche das Funktionieren des wirksamen Wettbewerbs ermöglichen. Die Tatsache, dass ein entsprechendes Angebot besteht, könnte darauf hinweisen, dass die Aufrechterhaltung des Sammelrevers nicht seinem ungerechtfertigten Sturkturerhalten dient.

Die obigen Fragen zeigen, dass es sich bei der Beurteilung des Sammelrevers sehr wohl um eine solche wettbewerbspolitischer Natur handelt und nicht in erster Linie um eine bildungs- oder kulturpolitische Angelegenheit, welche durch den Bundesrat zu erledigen ist. Selbst wenn aufgrund der unbestreitbaren Besonderheit des Produkts «Buch» immer auch bildungs- und kulturpolitische Aspekte im Spiel sind, ist die doch enge und kategorische Haltung der Schweizer Wettbewerbsbehörden nicht in jedem Punkt überzeugend; dies umso weniger, wenn man sich an die grosszügige Sichtweise erinnert, welche die Weko im Falls Swico/S.EN.S bei dieser Abgrenzung an den Tag gelegt hat.

Auf die weitere Entwicklung in diesem Fall darf man jedenfalls gespannt sein. ■

Nouvelles dispositions sur la publicité radiotélévisée

Des gardes-fou sont indispensables

Delphine Centlivres

Lic. en droit, avocate, master en communication, Secrétaire générale de la Fédération romande des consommateurs, Lausanne

Zusammenfassung: Das hauptsächlichste Ziel der neuen Radio- und Fernsehverordnung ist eine grössere Liberalisierung der Werberegeln im Fernsehen, was die Konsumentenschutzorganisation grundsätzlich befürwortet. Diese Liberalisierung darf nicht auf Kosten der Trennung des redaktionellen Teils des Programms von der Werbung gehen. Die neue Verordnung aber weicht dieses Prinzip auf.

Le projet de nouvelle ordonnance sur la radio et la télévision (projet ORTV) autorise de nouvelles formes de publicité et tend à libéraliser les règles sur la publicité à la télévision. La télévision constitue un instrument puissant pour la publicité commerciale. Elle est aussi une source majeure d'information et de distraction. Les associations de consommateurs, tant suisses qu'européennes reconnaissent certes que la publicité est une source de financement importante pour les médias et un moyen légitime pour une entreprise de présenter ses produits au public.

Elles veulent cependant poser certains principes car la publicité a une influence directe sur la consommation. Premièrement, les consommateurs doivent pouvoir compter sur des émissions télévisées sans déformation ou interférence commerciale. Deuxièmement, ils doivent savoir quand le contenu est utilisé afin de commercialiser ou de promouvoir un produit ou un service. Dans les faits, cela signifie que les consommateurs doivent faire facilement la distinction entre le contenu rédactionnel et les messages commerciaux. Troisièmement, les consommateurs doivent avoir la liberté de décider quelle quantité de publicité ils veulent voir et s'ils veulent la voir ou non. Cependant, cette liberté de choix n'existe que s'il est possible d'établir une distinction claire entre le contenu rédactionnel et les communications commerciales.

Ces principes doivent s'appliquer au projet de nouvelle ordonnance sur la radio et la télévision. Dans cette contribution, nous examinerons la publicité sur écran partagé, les coupures publicitaires et les limites quantitatives sur la publicité à la télévision et le placement de produits à la lumière des critères de séparation et de liberté de choix du consommateur.

Publicité sur écran partagé

La publicité sur écran partagé est une forme particulière de publicité qui permet de diffuser simultanément à la télévision de la publicité et un programme rédactionnel. Le projet de nouvelle ordonnance sur la radio et la télévision admet ce type de publicité, avec des restrictions pour la SSR. Toutefois, comme il n'y a pas de séparation publicitaire dans le temps, l'accent est mis sur la séparation dans l'espace: la publicité sur écran partagé peut couvrir au maximum un tiers de l'écran, elle doit être clairement signalée comme étant de la publicité et être diffusée sans son.

Pour la FRC, le devoir de séparation doit correspondre à une séparation de la publicité non seulement dans le temps, mais également dans l'espace. Par conséquent, la publicité sur écran partagé est contraire au devoir de séparation et ne saurait être admise, quels que soient les aménagements prévus. Par ailleurs, les messages publicitaires et le contenu du programme ne devraient jamais être mêlés au point que les spectateurs ne peuvent échapper à la publicité qu'en renonçant totalement au contenu du programme.

Une telle interdiction ne va pas à contre-courant de la tendance européenne puisque la majorité des pays européens a interdit cette forme de publicité; seuls quelques pays, comme le Royaume-Uni et l'Allemagne, l'admettent.

Coupures publicitaires et limites quantitatives sur la publicité à la télévision

Le projet d'ordonnance prévoit une réglementation aussi libérale que possible pour les diffuseurs privés: certains d'entre eux ne seront plus soumis à la moindre limitation du

temps de publicité dans leur programme et le temps autorisé pour les émissions de téléachat passe de une à trois heures par jour, par exemple. Dans une moindre mesure, les règles valables pour la SSR sont aussi allégées.

Dans l'ensemble, les règles actuelles sur la publicité ont permis d'aboutir à un bon équilibre entre les intérêts légitimes des télédiffuseurs, qui se financent par les revenus de la publicité et ceux des téléspectateurs, qui doivent être protégés notamment contre les pratiques publicitaires abusives, les temps publicitaires excessifs. En effet, les coupures publicitaires perturbent la concentration, nuisent à l'enregistrement du contenu du programme et sont perçues par les téléspectateurs comme une nuisance inacceptable. Une extension du temps publicitaire ne tient pas compte des souhaits des téléspectateurs sans justification objective et aggrave les aspects nuisibles générés par la publicité, ce que la FRC ne peut accepter.

Placement de produits

Le projet autorise également, sous certaines conditions, le placement de produits: des annonceurs paient pour voir leurs produits intégrés dans des émissions télévisées. La FRC s'oppose fermement au placement de produit. En effet, le projet ouvre une «boîte de Pandore» qui nuira progressivement à tous les scénarios et à la qualité des émissions, comme c'est déjà le cas aux Etats-Unis. Si nous ne voulons pas brader la culture, il est fondamental de maintenir une séparation claire entre contenu rédac-

tionnel et publicité. Ce qui n'est plus le cas avec le placement de produits. Par ailleurs, si le placement de produits devient omniprésent, les consommateurs devront soit accepter cet inconvénient, soit arrêter de regarder la télévision.

Il est proposé d'annoncer en début de programme que des produits ont été placés dans celui-ci. Cela ne fonctionnera pas: en effet, zapper d'une chaîne à l'autre est une pratique très courante, il est donc plus que probable que l'information ne sera pas remarquée. Ensuite, l'idée même du placement de produit est d'intégrer subrepticement des messages commerciaux dans le contenu des programmes de télévision. Même si un consommateur regarde le générique, l'annonce ne révélera certainement pas la manière dont l'intrigue et les dialogues d'une série télévisée auront été adaptés pour correspondre à des objectifs commerciaux.

Une libéralisation, mais pas à n'importe quel prix

L'objectif principal du projet de nouvelle ordonnance est donc une plus grande libéralisation, ce à quoi les associations de consommateurs peuvent souscrire. Cependant, cette libéralisation ne doit pas se faire au détriment de la séparation du contenu rédactionnel de la publicité. Or, force est de constater que le projet de nouvelle ordonnance sur la radio et la télévision ouvre des brèches importantes dans ce principe. Une tendance qui inquiète les associations de consommateurs. ■

Résumé: *L'objectif principal du projet de nouvelle ordonnance sur la radio et la télévision est une plus grande libéralisation des règles sur la publicité à la télévision, ce à quoi les associations de consommateurs peuvent souscrire. Cependant, cette libéralisation ne doit pas se faire au détriment de la séparation du contenu rédactionnel de la publicité. Or, force est de constater que le projet de nouvelle ordonnance sur la radio et la télévision ouvre des brèches importantes dans ce principe. Une tendance qui inquiète les associations de consommateurs.*

Die neuen Werbebestimmungen für Radio und Fernsehen

Ohne kommerzielle Kommunikation kein frei empfangbarer Privatrundfunk

Marc Schwenninger

Dr. iur., LL.M., Rechtskonsulent des Dachverbandes Schweizer Werbung SW und Rechtsanwalt in Zürich

Résumé: *La diversité du paysage médiatique helvétique dépend avant tout des revenus publicitaires. Dans cette optique, il est important que le cadre de régulation des communications commerciales n'agisse pas comme un frein. En d'autres termes, le législateur doit s'assurer que la publicité radio et télédiffusée en Suisse soit attractive pour les annonceurs. L'ordonnance d'application de la nouvelle LRTV devrait donc pleinement utiliser la marge de manœuvre laissée par la loi et ne pas prévoir d'importantes restrictions. Le projet d'ordonnance présenté par la DETEC ne répond que partiellement à cette exigence.*

Die Werbe- und Sponsoringbestimmungen bilden auch nach Ansicht der Verfasser des Erläuternden Berichts zum Entwurf für eine total revidierte Radio- und Fernsehverordnung (E-RTVV) einen Schwerpunkt. Das entspricht der tatsächlichen Bedeutung der kommerziellen Kommunikation für die Fernseh- und Radiolandschaft. Die grossen Auseinandersetzungen im Rahmen der Beschlussfassungen über das neue RTVG und die Abgrenzungen zwischen gebührenfinanzierten und werbefinanzierten Programmen waren auch Konsequenz der Tatsache, dass das Schicksal des privaten Radios und Fernsehen von den Werbeeinnahmen abhängt. Der begrenzte Werbemarkt Schweiz hat die notwendigen Einnahmen bisher nicht generieren können. Eine Folge daraus war, dass das neue RTVG ein relativ kompliziertes Gebührensplittungsmodell vorsieht, welches gewisse private Anbieter am Gebührengarten teilhaben lässt. Aber allen involvierten Parteien ist klar: Ohne substantielle Werbeeinnahmen gibt es in der Schweiz kein frei empfangbares Privatfernsehen oder -radio. Diese ökonomische Tatsache zieht weitere Konsequenzen mit sich. Ob und in welcher Höhe ein Veranstalter Werbeeinnahmen erzielt, bestimmt nicht der Gesetzgeber, sondern die Attraktivität des Angebots. Der Werbeauftraggeber bestimmt, ob und in welchem Umfang Fernseh- oder Radiowerbung in seinen Mediaplan aufgenommen wird oder nicht. Der Gesetzgeber, dem eine lebendige private Medienlandschaft ein Anliegen ist, hat daher dafür zu sorgen, dass das regulatorische Umfeld der kommerziellen Kommunikation nicht bremsend, sondern fördernd wirkt. Mit anderen Worten hat der Gesetzgeber sicher zu stellen, dass die Fernseh- und Radiowerbung in den schweizerischen Sen-

den ein attraktives Angebot bleibt. Der Markt, resp. die Konsumenten entscheiden dann, ob und in welcher Form Radio- und Fernsehwerbung akzeptiert wird. Anhand der Zuschauer- und Hörerzahlen besteht ein sehr genaues, direktes Regulierungsmodell, welches die Akzeptanz von Werbung im Einzelfall belegt und den Wert resp. den Preis der Werbung definiert. In diesem Sinne ist zu begrüssen, wenn mit dem Entwurf eine Liberalisierung der Werbebestimmungen beabsichtigt ist.

Worin liegt die Liberalisierung?

Aufgrund der äusserst kritischen Grösse des Fernseh- und Radiomarktes Schweiz und der grossen Bedeutung der ausländischen Sender sind Werbeeinschränkungen, die über das von internationalen Abkommen geforderte Mindestmass hinausgehen (Europäisches Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen, SR 0.784.405), generell als heikel zu betrachten. Man muss sich bewusst sein, dass mit jeder weitergehenden Beschränkung ein weiterer Standortnachteil für die einheimischen Veranstalter eingeführt wird. Im Lichte dieser ökonomischen Tatsachen erscheint der E-RTVV nicht als grosser Wurf, sondern als Minimum. Das RTVG hat dem Bundesrat beispielsweise eine sehr weitgehende Kompetenz zur Definition der Ausnahmen zur Regel der Werbeblöcke zwischen den einzelnen Sendungen eingeräumt. In Anbetracht der geschilderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ist der Bundesrat verpflichtet, insbesondere auch die internationalen Werberegelungen, die grenzüberschreitende Konkurrenz und die wirtschaftliche Lage von Radio und Fernsehen zu berücksichtigen (Art. 11 Abs. 1 und 3 RTVG). Mit anderen

Worten wurde dem Bundesrat ein grosser Spielraum zur Regelung neuer Werbeformen eingeräumt, soweit nicht die Anliegen des Publikums oder die Leistungsaufträge der Veranstalter über Gebühr beeinträchtigt werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a und e RTVG). Der Bundesrat hat von dieser Kompetenz am Beispiel der Split-Screen und der virtuellen Werbung wie folgt Gebrauch gemacht:

Werbung auf geteiltem Bildschirm (Art. 12 E-RTVV)

Die sogenannte Split-Screen Werbung ist international üblich. Neue technische Möglichkeiten ermöglichen neue, attraktive und zuschauergerichte Werbeformen. Aus dem RTVG ergibt sich die unbestrittene Anforderung, dass Werbung vom redaktionellen Teil des Programms deutlich getrennt und als solche eindeutig erkennbar sein muss (Art. 9 Abs. 1 RTVG). Soweit das Erfordernis der Erkennbarkeit erfüllt ist, rechtfertigen sich keine weitergehenden Einschränkungen. Auch die Art und Weise der Umsetzung dieses Erfordernisses muss nicht zwingend in einer Verordnung festgeschrieben werden, wie dies in Art. 12 Abs. 1 lit. a – c E-RTVV gemacht wird («..., sofern die Fläche, die der Werbung dient, eine Einheit bildet, am Bildschirmrand ansetzt, den redaktionellen Inhalt optisch nicht trennt und nicht mehr als einen Drittel der Bildschirmfläche bedeckt; die Werbung durch klar sichtbare Grenzen und eine unterschiedliche optische Ausgestaltung vom übrigen Programm getrennt ist und dauernd durch den deutlich lesbaren Schriftzug ‚Werbung‘ gekennzeichnet wird, ...»). Es ist insbesondere nicht gerechtfertigt, nur Werbung zuzulassen, die sich auf die optische Darstellung beschränkt (Art. 12 Abs. 1 lit. c E-RTVV). Wieso soll es beispielsweise der Erkennbarkeit der Werbung schaden, wenn auf einem Teil des Bildschirms Sportresultate mit Tabellen abgebildet und auf dem anderen Teil ein klar abgegrenzter Spot in Bild und Ton gezeigt werden? In Deutschland gibt es weder Vor-

gaben betreffend die Nichtverwendung von Ton, noch eine Flächenbeschränkung oder Vorgaben zur Platzierung. Wiederum diskriminiert der schweizerische Gesetzgeber die einheimischen Veranstalter gegenüber den in der Schweiz frei empfangbaren und einen grossen Marktanteil besetzenden ausländischen Sendern.

Virtuelle Werbung (Art. 14 E-RTVV)

Die virtuelle Werbung, das heisst die Veränderung des zu verbreitenden Signals, indem am Ort der Aufnahme bestehende Werbeflächen durch andere ersetzt werden, wird in Art. 14 Abs. 2 E-RTVV sehr restriktiv geregelt. Insbesondere soll sie nur bei Übertragungen von Sportveranstaltungen zulässig sein (Art. 14 Abs. 2 lit. a E-RTVV). Wieso diese Einschränkung im Verordnungsentwurf gemacht wird, ist nicht ersichtlich. Die Begründung im Begleitbericht ist eher fadenscheinig und zeigt die allgemein eher werbefeindliche Einstellung der Verfasser des Entwurfes («Diese Lockerung für den Bereich des Sports rechtfertigt sich, weil solche Anlässe üblicherweise ohnehin in einem bereits stark kommerziellen Umfeld stattfinden», S. 8 des Begleitberichts). Virtuelle Werbung eignet sich für die Übertragung von Anlässen (live oder zeitverschoben), bei denen Werbung (auf Banden, Plakaten etc.) deutlich präsent ist. Das sind nicht nur Sportveranstaltungen, sondern auch Anlässe wie Festivals, die Street Parade etc. Anzumerken ist zudem, dass jede private Veranstaltung in einem kommerziellen Umfeld stattfindet, da jeder Veranstalter die notwendigen Mittel für die Durchführung seines Anlasses generieren muss. Ebenfalls nicht gerechtfertigt ist das Verbot der virtuellen Werbung auf dem Spielfeld (Art. 14 Abs. 2 lit. e E-RTVV). Wenn auf dem Spielfeld Werbung enthalten ist (z.B. Anspielkreise im Eishockey oder Zielankunft Tour de Suisse), dann spricht auch nichts gegen deren Auswechslung mit anderer Werbung. ■

Zusammenfassung: Die Vielfalt der schweizerischen Medienlandschaft hängt von den Werbeeinwirkungen ab. Wem an dieser Vielfalt gelegen ist, hat dafür zu sorgen, dass das regulatorische Umfeld der kommerziellen Kommunikation nicht bremsend, sondern fördernd wirkt. Mit anderen Worten muss der Gesetzgeber dafür besorgt sein, dass Radio- und Fernsehwerbung in den schweizerischen Sendern ein attraktives Angebot für die Werbetreibenden ist. Die Verordnung zum RTVG sollte daher den vom Gesetz vorgegebenen Spielraum voll ausschöpfen und keine weitergehenden Einschränkungen vorsehen. Der Entwurf des UVEK für eine total revidierte Radio- und Fernsehverordnung entspricht diesem Erfordernis nur teilweise.