

Zur Aufzeichnung von Telefongesprächen aus datenschutzrechtlicher Sicht¹

Stephan C. Brunner

Dr.rer.publ., wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Bundesamt für Justiz, Bern

Résumé: Depuis l'entrée en vigueur du nouvel article 179^{quinquies} CP en date du 1^{er} mars 2004, l'enregistrement de conversations téléphoniques dans le cadre de relations d'affaires fait l'objet d'une nouvelle réglementation. A peine entrée en force, le principe de l'interdiction est ainsi à nouveau assoupli pour certaines transactions commerciales. L'objectif du législateur était d'autoriser un enregistrement simplifié pour les cas où il existe un intérêt à disposer d'une preuve et où, sur la base de la nature de l'affaire, une information préalable du partenaire commercial à propos de l'enregistrement et du but poursuivi rendrait plus difficile le déroulement de l'affaire. Ce principe pose un certain nombre de questions, notamment par rapport à la protection des données personnelles. L'analyse montre les conditions qui doivent être remplies lors de l'enregistrement de conversations téléphoniques et illustre les effets pratiques de cette nouvelle réglementation.

I. Vorgeschichte der Neuregelung

Die Artikel 179^{bis} ff. StGB regeln einen Teil des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. Sie konkretisieren in Teilbereichen das Grundrecht auf freie Kommunikation. Geschützt wird das Rechtsgut der «Unbefangenheit der menschlichen Kommunikation in der Privatsphäre»², die «Flüchtigkeit» des im privaten Rahmen gesprochenen Wortes. Unter Strafe gestellt wird das unbefugte Eindringen in die Privatsphäre Dritter mittels technischer Hilfsmittel, insbesondere durch das Abhören und die Aufzeichnung fremder Gespräche (Art. 179^{bis} und 179^{ter}) sowie durch das Beobachten und die Aufnahme auf Bildträger (179^{quater}). Artikel 179^{quinquies} und 179^{octies} StGB nehmen unter gewissen Voraussetzungen solche Handlungen von der Strafbarkeit aus. Diese Bestimmungen wurden Ende der Sechziger Jahre mit dem Bundesgesetz über die Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs ins StGB eingefügt³.

Nach dem ursprünglichen Wortlaut erklärte Artikel 179^{quinquies} StGB die Aufzeichnung von Telefongesprächen unter der Voraussetzung für straflos, dass das Gespräch über eine dem Telefonregal unterstehende Telefonanlage geführt und mittels einer von den PTT-Betrieben bewilligten Zusatzeinrichtung auf einem Tonträger aufgenommen wurde. Da das Bewilligungserfordernis für Aufnahmegeräte nur in Form einer allgemeinen technischen Typenprüfung umgesetzt wurde und auch die zunächst bestehende Verpflichtung, aufnahmeberechtigte Anschlüsse in Telefonbüchern zu kennzeichnen, Anfang der Neunziger Jahre dahin fiel, wurde der

Schutzzweck der Norm nicht mehr erreicht und die Aufzeichnung von Telefongesprächen ohne Einwilligung wurde in der Praxis zur Regel⁴. Daher wurde die Bestimmung mit dem revidierten Fernmeldegesetz⁵ stark verschärft. Nach der am 1. Januar 1998 in Kraft getretenen Fassung wurde die Straflosigkeit auf die Aufzeichnung von Notrufen für Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdienste beschränkt. Noch bevor diese Änderung in Kraft trat, verlangte Ständerat Bruno Frick mit einer parlamentarischen Initiative⁶ eine neuerliche Anpassung, mit der Begründung, die mit der Revision des Fernmeldegesetzes vorgenommene Änderung sei für die Wirtschaft in der Praxis nicht umsetzbar.

Als Ergebnis der mit diesem Vorstoss initiierten Arbeiten des Parlaments trat am 1. März 2004 eine Neufassung von Artikel 179^{quinquies} StGB in Kraft⁷. In der nun geltenden Fassung wird die Aufnahme von Fernmeldegesprächen in zwei Fällen für straflos erklärt, soweit sie durch eine Person erfolgt, die am Gespräch teilnimmt oder Abonnetin bzw. Abonnent eines beteiligten Anschlusses ist⁸:

- Wenn Gespräche mit Hilfs-, Rettungs-

1 Die vorliegende Untersuchung basiert auf einer Analyse, die für das Sekretariat des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten angefertigt wurde. Der Autor äussert hier seine eigene Meinung.

2 VON INS P./WYDER P., Basler Kommentar StGB II, Art. 179^{bis}, RZ 3.

3 AS 1969 319; BBl 1968 I 585.

4 Vgl. RIKLIN F., *medialex* 2004, S. 9 f.

5 Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1405.

6 Parlamentarische Initiative 97.462 «Revision von Artikel 179^{quinquies} zum Schutze des Geschäftsverkehrs».

7 AS 2004 823.

8 Art. 179^{quinquies} StGB.

- und Sicherheitsdiensten aufgenommen werden (Art. 179^{quinquies} Abs. 1 Bst. a); und
- wenn Gespräche im Geschäftsverkehr aufgenommen werden, welche «Bestellungen, Aufträge, Reservationen und ähnliche Geschäftsvorfälle zum Inhalt haben» (Art. 179^{quinquies} Abs. 1 Bst. b).

Mit der Änderung stellt sich unter anderem die Frage, ob und wie weit der Wegfall der Strafbarkeit in diesen Fällen auch davon entbindet, Anforderungen einzuhalten, die sich nicht aus dem Strafrecht, sondern aus dem allgemeinen Datenschutzrecht ergeben. Dabei geht es namentlich um die sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 4 Abs. 2 DSGVO) ergebende Pflicht des Datenbearbeiters zur Transparenz der Datenbeschaffung und -bearbeitung⁹. Um diese Frage beantworten zu können, ist der materielle Regelungsinhalt der Norm anhand der üblichen Auslegungsmethoden zu bestimmen. Zunächst ist aber das Verhältnis von strafrechtlicher (Erlaubnis-)Norm und allgemeinem Datenschutzrecht darzulegen.

II. Strafrecht und Datenschutz

1. Persönlichkeitsschutz: Teilaspekte und Gesamtzusammenhang

Das Datenschutzrecht regelt einen bestimmten Teilaspekt des Persönlichkeitsschutzes. Es konkretisiert das in Art. 13 Abs. 2 BV verankerte Grundrecht auf in-

9 Vgl. MAURER U., in Maurer U./Vogt N. P., Kommentar zum schweizerischen Datenschutzgesetz, Basel/Frankfurt am Main 1995 (Kommentar DSGVO), Art. 4, RZ 9; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Botschaft zur Änderung des Datenschutzgesetzes, BBl 2003 2101, S. 2127 f., 2131 ff.

10 Vgl. TRECHSEL S./NOLL P., Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., Zürich 1998, S. 28.

11 Vgl. SCHWEIZER R., Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Thürer D./Aubert J.-F./ Müller J.-P. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, §43, RZ 2.

12 Vgl. MEILI A., Basler ZGB-Kommentar I, Art. 28, RZ 39.

13 Darauf weist z.B. Art. 12 Abs. 3 DSGVO hin: Nach dieser Bestimmung liegt «in der Regel» keine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn die betroffene Person ihre Daten allgemein zugänglich gemacht und die fragliche Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat.

formationelle Selbstbestimmung. Das Datenschutzgesetz regelt den Umgang mit personenbezogenen Informationen im Allgemeinen, indem es bestimmte Anforderungen auferlegt und Pflichten formuliert, denen beim Umgang mit Personendaten nachzukommen ist. Den Personen, deren Daten bearbeitet werden, werden bestimmte Rechte gegenüber den Datenbearbeitern zuerkannt.

Auch das Strafrecht schützt bestimmte Teilaspekte der Persönlichkeit, indem es diejenigen persönlichkeitsverletzenden Verhaltensweisen mit Strafe belegt, die als besonders schädlich oder verwerflich betrachtet werden¹⁰. Dazu gehören auch Teilaspekte des informationellen Persönlichkeitsschutzes; neben dem Schutz des im privaten Rahmen geäußerten Wortes insbesondere auch das Schriftgeheimnis (Art. 179 StGB) und das Fernmeldegeheimnis (Art. 321^{bis} StGB).

Diese Regelungen leiten sich letztlich aus dem allgemeinen privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz ab, der das Fundament und den Bezugsrahmen des Persönlichkeitsschutzes insgesamt darstellt. Dieses «Quellrecht» schafft einen Gesamtzusammenhang der Regelungen, welche einzelne Teilbereiche betreffen¹¹.

2. Strafrechtliche Erlaubnisnorm und Rechtfertigung der Datenbearbeitung

Nach Art. 12 Abs. 1 DSGVO darf, wer Personendaten bearbeitet, die Persönlichkeit der betroffenen Personen dabei nicht widerrechtlich verletzen. Wird die datenschutzrechtliche Zulässigkeit einer Datenbearbeitung untersucht, ist also grundsätzlich zunächst zu prüfen, ob diese Datenbearbeitung eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, ob also ein Eingriff vorliegt, der eine entsprechende Intensität erreicht¹², oder der in eine der in Art. 12 Abs. 2 DSGVO aufgezählten Kategorien fällt. Die Schwelle für eine Persönlichkeitsverletzung ist bei der Bearbeitung von Personendaten tief angesetzt¹³. Es gibt zudem grundsätzlich keine Kategorie von Daten, die frei bearbeitbar wären. Die Beurteilung, ob eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, muss immer unter Berücksichtigung des jeweiligen Bearbeitungsumfeldes vorgenommen werden¹⁴.

Zusammenfassung: Der Aufzeichnung von Telefongesprächen im Geschäftsverkehr wurde mit der am 1. März 2004 in Kraft getretenen Fassung von Art. 179^{quinquies} StGB ein neuer Rahmen gegeben. Das erst seit kurzem geltende grundsätzliche Verbot der Aufzeichnung von Telefongesprächen wird damit für bestimmte Geschäftsvorfälle wieder gelockert. Ziel des Gesetzgebers war es, eine erleichterte Aufzeichnung dort zuzulassen, wo Beweisintressen vorliegen und wo sich aufgrund der Natur des Geschäftsvorgangs eine vorgängige Information der Gesprächspartner über die Aufzeichnung und deren Zweck stark erschwerend auf den Geschäftsablauf auswirken würde. Dieser Ansatz wirft insbesondere aus datenschutzrechtlicher Sicht eine Anzahl von Fragen auf. Die Untersuchung zeigt, welche Anforderungen bei der Aufzeichnung von Telefongesprächen nach dem neuen Recht zu beachten sind und illustriert die praktischen Auswirkungen der Neuregelung.

Nach Art. 179^{bis} und 179^{ter} ist die Aufnahme eines Gesprächs ohne Einwilligung der Beteiligten verboten. Das tatbestandsmässige Verhalten stellt somit von Gesetzes wegen immer ein Eindringen in die Privatsphäre und damit immer eine Persönlichkeitsverletzung dar.

Eine Persönlichkeitsverletzung ist nach Art. 13 Abs. 1 DSGVO widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Die Bestimmung wiederholt fast wörtlich Art. 28 ZGB; sie ist entsprechend auszulegen¹⁵. Im Rahmen der hier zu untersuchenden Fragestellung interessiert vor allem die Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung durch das Gesetz. Dabei spielt es keine Rolle, aus welchem Rechtsgebiet die entsprechende Vorschrift stammt oder ob sie vom Bundes- oder kantonalen Gesetzgeber erlassen wurde¹⁶. Auch eine strafrechtliche Erlaubnisnorm kann somit einen Rechtfertigungsgrund im Sinne einer die Datenbearbeitung (bzw. eine Persönlichkeitsverletzung) legitimierenden gesetzlichen Grundlage darstellen¹⁷. Dies ist die logische Folge des dem verfassungsmässigen Persönlichkeitsschutz zugrundeliegenden Gesamtzusammenhangs. Die gleiche Schlussfolgerung ist auch aus der Einheit der Rechtsordnung ableitbar¹⁸.

Liegt ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSGVO vor, so hat dies datenschutzrechtlich insbesondere zur Konsequenz, dass der Datenbearbeiter nach Art. 12 Abs. 2 Buchstabe a DSGVO von

den allgemeinen Grundsätzen der Datenbearbeitung, die in den Artikeln 4ff. DSGVO niedergelegt sind, abweichen kann.

Dies bedeutet aber nicht etwa, dass die Pflicht zur Beachtung dieser Grundsätze mit dem Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes umfassend dahinfallen würde. Die allgemeinen Bearbeitungsgrundsätze können nur zurückgedrängt werden, wenn sich aus der gesetzlichen Grundlage ableiten lässt, inwieweit eine Abweichung zulässig ist¹⁹. Der gesetzliche Rechtfertigungsgrund – und sinngemäss auch jeder andere Rechtfertigungsgrund – kann ein Abweichen von diesen Grundsätzen (und weiteren Anforderungen des Datenschutzrechts, z.B. dem Auskunftsrecht) nur so weit rechtfertigen, als er dies materiell vorsieht (wobei der Regelungsinhalt gegebenenfalls durch Auslegung bestimmt oder präzisiert werden muss²⁰). Soweit der materielle Gehalt der gesetzlichen Bestimmung, welche die Datenbearbeitung erlaubt oder fordert, bezüglich der Einzelheiten der Datenbearbeitung nicht hinreichend präzise bestimmt oder bestimmbar ist, sind die allgemeinen Grundsätze einzuhalten²¹.

Wenn also z.B. – um noch ein anderes Beispiel als die zu untersuchende Bestimmung anzuführen – Art. 321^{ter} Abs. 4 StGB die Verletzung des Fernmeldegeheimnisses zur Ermittlung berechtigter Personen für strafflos erklärt, kann damit von einem Fernmeldedienstanbieter ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund geltend gemacht werden, wenn er Randdaten zu diesem Zweck bekannt gibt. Er kann aber nicht beliebige Daten bekannt geben, sondern er muss dabei das datenschutzrechtliche Verhältnismässigkeitsprinzip beachten und darf nur diejenigen Daten offenbaren, die für die Identifizierung der betreffenden Person erforderlich sind.

III. Entstehungsgeschichte von Art. 179^{quinquies} StGB in der Fassung 2003

Nach dem Art. 179^{quinquies} StGB in seiner Fassung von 1998 war eine Aufnahme – mit Ausnahme von Notrufen – generell nur nach entsprechender Information mit Einwilligung der Betroffenen zulässig. Dieses Erfordernis ergab sich aus Art. 172^{bis} und 172^{ter} StGB wie auch aus Art. 4 Abs. 2 sowie Art. 12 und 13 DSGVO.

- 14 BUNTSCHU M., Kommentar DSGVO, Art. 2, RZ 4, mit Hinw.
- 15 HÜNIG M., Kommentar DSGVO, Art. 13, RZ 2; BBl 1988 II 413, S. 458.
- 16 Vgl. PEDRAZZINI M./OBERHOLZER N., Grundriss des Personenrechts, 4. Auflage, Bern 1993, S. 149.
- 17 Vgl. PETER J.T., Das Datenschutzgesetz im Privatbereich, Zürich 1993, S. 202 f.
- 18 Vgl. analog dazu SEELMANN K., Basler Kommentar StGB I, Art. 32, RZ 3.
- 19 Vgl. dazu insbesondere auch BGE 126 II 126, E. 5 b. Dies ergibt sich auch aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 13 Abs. 2 BV; vgl. SCHWEIZER R.J., St.Galler BV-Kommentar, Art. 13 Abs. 2, RZ 38 ff.
- 20 Ist der Regelungsinhalt sehr unbestimmt und lässt er Raum für eine Interessenabwägung, so ist zusätzlich das entsprechende überwiegende Interesse nachzuweisen; vgl. PETER, a.a.O., S. 203.
- 21 Im Einzelfall ist denkbar, dass auch noch ein anderer Rechtfertigungsgrund (insb. ein überwiegendes Interesse des Bearbeiters oder der betroffenen Person) dazukommt, der ein weiter gehendes Abweichen ermöglicht.

Die parlamentarische Initiative Frick forderte sinngemäss, die Aufzeichnung von eigenen Gesprächen für den nichtöffentlichen Gebrauch insbesondere «für Banken, Journalisten, im Reservations- und Bestellwesen» als zulässig zu erklären, und auf das Erfordernis der Information der Gesprächspartner über die beabsichtigte Aufnahme – und damit deren Einwilligung – im Einzelfall zu verzichten. Der Initiator begründete sein Anliegen damit, dass die praktische Umsetzung der Informationspflicht – als Voraussetzung der Einwilligung der Gesprächsbeteiligten – in der Praxis in vielen Bereichen nicht möglich und auch nicht kontrollierbar sei. Er verlangte eine abermalige Änderung, welche die Aufzeichnung eigener Gespräche für den nichtöffentlichen Gebrauch weiterhin straflos ermöglichen würde.

Der Vorschlag der Rechtskommission des Ständerates (RK-S), der vom Bundesrat unterstützt wurde, sah Straflosigkeit in folgenden Fällen vor²²:

- Aufnahme von Gesprächen mit Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdiensten (Bst. a);
- Aufnahme von Gesprächen, wenn alle Beteiligten vorgängig hinreichend informiert wurden (Bst. b); und
- Aufnahme von Gesprächen «unter Beteiligung einer Geschäftsperson», wenn die Aufnahmen ausschliesslich zum Zweck verwendet werden, über deren geschäftlichen Inhalt Beweis zu führen» (Bst. c).

Es wurde in diesem Vorschlag also klar unterschieden zwischen Fällen, in denen eine Information erfolgte (b) und solchen, wo diese Voraussetzung nicht gegeben sein muss (a und c).

Der Nationalrat war der Auffassung, dass Bst. c dieses Vorschlages zu unbestimmt sei, insbesondere hinsichtlich der Definition des Begriffs «Geschäftsperson». Er sprach sich zweimal gegen eine solche Formulierung aus²³. Zudem wollte er die Information auch in solchen Fällen gewährleisten wissen.

Schliesslich wurde im Ständerat ein neuer Vorschlag eingebracht, welcher der am Ende beschlossenen Fassung entsprach. Die Variante, welche die Zulässigkeit der Aufzeichnung mit Zustimmung aller Beteilig-

ten vorsah, entfiel, weil man sich bewusst wurde, dass dies ohnehin dem geltenden Recht entsprach bzw. sich aus Art. 179^{bis} und 179^{ter} StGB ergibt. Weiter wurde nun am Gesprächsinhalt angeknüpft und die Bestimmung wurde mit einem zweiten Absatz ergänzt, der nach dem Sprecher der ständerätlichen Kommission die Bekanntgabe – bzw. Weitergabe – von Aufzeichnungen an Dritte auf jeden Fall weiterhin unter Strafe stellen sollte²⁴.

Die Mehrheit der nationalrätlichen Kommission lehnte auch diesen Vorschlag ab, eine starke Minderheit erachtete jedoch eine systematische Information vorgängig zu den Aufzeichnungen als zu kompliziert. Nachdem im Plenum auch Bundesrätin Metzler sich für den Vorschlag des Ständerates ausgesprochen hatte (unter Hinweis darauf, dass der Mehrheitsantrag dem Sinn der parlamentarischen Initiative Frick widersprechen würde), setzte sich die Minderheit durch.

IV. Materieller Gehalt der neuen Bestimmung

Im Folgenden wird der materielle Gehalt der neuen Fassung anhand der Materialien analysiert.

1. Aufnahme von Gesprächen mit Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdiensten

Abs. 1 Bst. a war im Parlament von Anfang an unbestritten. Gespräche mit Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdiensten dürfen neu auch dann aufgenommen werden, wenn es sich nicht um Notrufe handelt²⁵. Die Bestimmung wird ausdrücklich nicht darauf beschränkt, dass der Anruf auf eine bestimmte Nummer (Notrufnummer) erfolgen muss²⁶. Eine vorgängige Information der anrufenden Person ist nicht erforderlich.

22 Vgl. Revision von Artikel 179^{quinquies} zum Schutze des Geschäftsverkehrs (Pa.Iv. 97.462). Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 2. Mai 2001, BBl 2001 2632; Stellungnahme des Bundesrates vom 22. August 2001, BBl 2001 5816.

23 AB 2002 N 176 ; AB 2003 N 277.

24 AB 2003 S 494.

25 Nach der Fassung von 1998 wurde nur die Aufzeichnung eigentlicher Notrufe als zulässig erachtet; vgl. 9. Tätigkeitsbericht 2001/2002 des Eidg. Datenschutzbeauftragten, Ziff. 3.1.3.

Nicht unter den Begriff der Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdienste fallen insb. «Helpdesks», technische Unterstützungsdienste etc., wo keine Notrufe im eigentlichen Sinn eingehen, wo es also nicht um den unmittelbaren Schutz von Leib und Leben oder Vermögenswerten geht. Die Aufzeichnungen von Gesprächen mit Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdiensten dürfen nur verwendet werden, um die gefährdete Person zu identifizieren und deren Standort festzustellen, um – falls erforderlich – den Ursprung bzw. Urheber des Anrufes zu ermitteln oder um gegen Urheber von falschen Alarmen o.ä. vorzugehen.

Für den Umgang mit den gestützt auf diese Bestimmung vorgenommenen Aufzeichnungen gelten die Bestimmungen des Datenschutzrechts im jeweiligen Kanton, soweit es sich nicht um einen privaten Dienst handelt.

2. Aufnahme von Gesprächen im Geschäftsverkehr

Die von den eidgenössischen Räten schliesslich angenommene Formulierung von Abs. 1 Bst. b ist bedeutend enger gefasst als der ursprüngliche Vorschlag bzw. die in der parlamentarische Initiative Frick vorgenommene Umschreibung des Regelungsbedarfes. Die neue Fassung bezieht sich auf ganz bestimmte Gesprächssituationen und nicht mehr allgemein auf den geschäftlichen Charakter eines Telefongesprächs.

Eine Aufnahme des Gesprächs ohne vorherige Information ist nach Abs. 1 Bst. b nur dann möglich, wenn es um Bestellungen, Aufträge, Reservationen sowie «ähnliche Geschäftsvorfälle» geht. Bundesrätin Metzler präziserte im Nationalrat, gemeint seien «Massengeschäfte, bei denen eine Aufzeichnung problemlos ist»²⁷. Begründet wurde der Verzicht auf die Information in diesen Fällen damit, dass in bestimmten Fällen die Abwicklung eines Geschäftsvorfalles schnell vor sich gehen muss und dass es in bestimmten Fällen zu aufwändig wäre, umfassend und möglicherweise sogar in

mehreren Sprachen auf die beabsichtigte Aufzeichnung hinzuweisen, z.B. in der Tourismusbranche²⁸. Die vom Gesetzgeber mit der Änderung angestrebten Erleichterungen beschränken sich also auf Gesprächssituationen, in denen vom Kontext her eindeutig und ausschliesslich ein bestimmter, massenhaft vorkommender «Geschäftsvorfall» betroffen und ein gewisser «Zeitdruck» für dessen Abwicklung gegeben ist. Vor allem muss aber ein gewisses Interesse des Aufnehmenden an der Beweissicherung gegeben sein. Hierin liegt der der Änderung zugrundeliegende Zweck. Die von Bundesrätin Metzler als Kriterium erwähnte «Problemlosigkeit» hingegen kann sich aber nur darauf beziehen, dass die fragliche Gesprächskategorie überwiegend einen «eindimensionalen» Inhalt hat, also einzig auf den Abschluss eines bestimmten Geschäftsvorganges gerichtet ist. Keinesfalls kann dagegen ein Kriterium sein, dass die Aufzeichnung technisch problemlos zu bewerkstelligen wäre (was ohnehin generell der Fall ist). Also fällt z.B. die Aufzeichnung von Gesprächen, die über ein «Bestelltelefon» oder ein «Reservationstelefon» laufen, eindeutig unter die mit der vorliegenden Bestimmung gewollten Erleichterungen.

Somit lassen sich aus den Materialien drei Kriterien ableiten, nach welchen zu beurteilen ist, ob eine der Aufnahme vorangehende Information unzumutbar ist und die somit erfüllt sein müssen, damit die Aufzeichnung von Fernmeldegesprächen im Geschäftsverkehr straflos ist: Beweisinteresse, Massengeschäft, Dringlichkeit.

Aufgrund der zunächst gegensätzlichen Meinungen von National- und Ständerat, die in den parlamentarischen Beratungen zum Ausdruck kamen, erscheint eine enge Auslegung der sich aus dieser Bestimmung ergebenden datenschutzrechtlichen Erleichterungen zwingend. Soweit die Zweckbestimmung der Aufzeichnungen über den vom eng gefassten Erlaubnistatbestand vorgesehenen Beweisziel hinausgehen, greifen insbesondere das «zurückgedrängte» datenschutzrechtliche Verhältnismässigkeitsprinzip sowie der Transparenzgrundsatz, der aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abzuleiten ist (Art. 4 Abs. 2 DSG). Wird also z.B. ein Vertrag in umfassender Art und Weise telefonisch

26 Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, BBl 2001 2638.

27 AB 2003 N 1465; ebenso Votum Garbani, AB 2003 N 1464.

28 Votum Frick, AB 2002 S 709; Votum Garbani, AB 2003 N 1465 in fine, bezüglich der Haltung der Kommissionsminderheit.

ausgehandelt, so ist es ohne weiteres möglich, zumutbar und verhältnismässig, dass derjenige, der das Gespräch aufnehmen will, den anderen informiert. Ebenso geht aus den Materialien hervor, dass es nicht als unzumutbar betrachtet werden kann, dass auch dort, wo z.B. bereits eine Vertragsbeziehung zwischen den beteiligten Geschäftspartnern besteht, überhaupt keine Information mehr erfolgen muss. Vielmehr wurde es verschiedentlich als machbar angesehen, dass in solchen Fällen problemlos z.B. ein entsprechender Hinweis in Verträgen oder allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen kann²⁹.

Die Grenzziehung wurde in den Räten auch anhand von Beispielen verdeutlicht: So sei die Aufzeichnung eines Gesprächs ohne Information zulässig, wenn es sich um eine Reservation eines Flugbilletts oder Hotelzimmers handle. Eine Information wird indessen erforderlich, wenn ein Gespräch aufgenommen werden soll, bei dem es um eine Reklamation betreffend einen Flug oder ein Hotelzimmer geht³⁰. Nicht zulässig wäre nach diesem Verständnis die Aufnahme z.B. dann, wenn in einem Hotel sämtliche Gespräche, die über Anschlüsse der Mitarbeitenden an der Rezeption geführt werden, ohne Information aufgezeichnet werden, bloss weil auf diesem Weg hie und da auch Reservationen getätigt werden.

3. Zur Aufnahme berechnete Personen

Erlaubt ist die Aufnahme für Gesprächsteilnehmer oder Abonnenten eines beteiligten Anschlusses. Alle Beteiligten – also auch die Anrufenden – dürfen Gespräche nach Abs. 1 Bst. a und b straflos aufzeichnen.

Auch eine von einem Unternehmen beauftragte externe Call-Center-Firma kann solche Gespräche aufnehmen. Ist der Auftraggeber Abonnent des Anschlusses, kann er die Aufzeichnung veranlassen. Die Gefährdung des nach Art. 179^{quinquies} StGB geschützten Rechtsgutes ist dabei grundsätzlich nicht grösser, als wenn der Gesprächspartner oder Anschlussinhaber selbst die Aufzeichnung anfertigt. Wenn die Aufnahme durch das externe Call Center im Auftrag erfolgt, handelt es sich, datenschutzrechtlich gesehen, um eine Datenbearbeitung durch Dritte im Sinn von Art. 14

DSG. Der Auftraggeber ist dabei verpflichtet, sicherzustellen, dass der Datenschutz bei der Verarbeitung durch den Auftragnehmer jederzeit gewährleistet ist³¹.

Falls das beauftragte Call Center als Gesprächsteilnehmer Aufzeichnungen anfertigt, ohne dass der Auftraggeber diesbezüglich einen Auftrag erteilt hat, trägt es die Verantwortung für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften vollumfänglich selbst. In diesem Fall kann es aber die Aufzeichnungen dem Auftragnehmer nicht ohne Weiteres weitergeben, sondern nur, wenn dafür ein Rechtfertigungsgrund besteht, z.B. wenn ihm gegenüber der Nachweis erbracht werden muss, dass jemand einen bestimmten Auftrag erteilt hat.

Um Probleme zu vermeiden, empfiehlt es sich im Falle des Outsourcings von Call-Center-Dienstleistungen, neben den übrigen Rahmenbedingungen der Auftragsdatenbearbeitung auch die Aufzeichnung von Gesprächen im Outsourcing-Vertrag zu regeln³².

Der Gesprächsteilnehmer oder Inhaber des Anschlusses kann die Aufnahme als solche auch durch spezialisierte Dritte, die nicht als Gesprächsteilnehmer gelten können, im Auftragsverhältnis vornehmen lassen (entsprechende Angebote gibt es auf dem Telekommunikationsmarkt bereits). Aufgrund einer solchen Beauftragung wird dem Auftraggeber in erster Linie die technische Infrastruktur für die Aufzeichnung zur Verfügung gestellt. Datenschutzrechtlich ist dieses Vorgehen ebenfalls unter dem Blickwinkel von Art. 14 DSG zu betrachten. Die Zulässigkeit ist grundsätzlich gegeben, denn eine Datenbearbeitung im Auftragsverhältnis kann sich auch auf einzelne, genau beschränkte Phasen eines Datenbearbeitungsprozesses beziehen³³.

Die an der Aufzeichnung beteiligten Dritten tragen Mitverantwortung für die Ein-

29 Vgl. Votum Frick AB 2002 S 709; Votum Baumann, AB 2003 1465.

30 Votum Studer, AB 2003 S 494; Votum Garbani, AB 2003 N 1464 f.

31 Vgl. dazu WALTER J.P., Outsourcing et protection des données. Conditions du traitement de données personnelles par un tiers dans le secteur privé, *digma* 2001, 166-170, m.w.H.

32 Zum Outsourcing-Vertrag vgl. WALTER, a.a.O., S. 169 f.

33 Vgl. WALTER, a.a.O., S. 166.

haltung der straf- und datenschutzrechtlichen Vorschriften, soweit deren Umsetzung in ihren Einflussbereich fällt. Nehmen sie diese Mitverantwortung nicht wahr, droht ihnen eine straf- und haftungsrechtliche Verantwortlichkeit.

Klarerweise nicht unter die vorliegende Erlaubnisnorm fallen Gespräche von Journalisten mit ihren Interviewpartnern. Ursprünglich sollte die Änderung auch diese Fälle erfassen; im schliesslich verabschiedeten Wortlaut sind sie indessen eindeutig nicht mehr enthalten³⁴.

4. Zweckbindung bei der weiteren Verwendung der Aufnahmen

Deutlich kommt in den Beratungen insb. des Nationalrates zu Abs. 2 zum Ausdruck, dass bezüglich der aufgrund der Ausnahmeklausel von Abs. 1 nun straflos ohne vorgängige Information möglichen Aufzeichnungen eine strikte Zweckbindung gilt. Sie dürfen ausschliesslich zur Beweissicherung verwendet werden³⁵. Namentlich die Bekanntgabe an Dritte bleibt weiterhin strafbar³⁶, sofern sie ohne besonderen Rechtfertigungsgrund erfolgt³⁷. Andere Zweckbestimmungen sind aus den Materialien nicht ersichtlich. Bereits der Entwurf der ständerätlichen Kommission beschränkte die erlaubte Zweckbestimmung auf die Beweisführung über den geschäftlichen Inhalt des Gesprächs³⁸.

Besonders hervorzuheben ist, dass nach dem Wortlaut von Art. 179^{bis} Abs. 2 und 3 sowie 179^{ter} Abs. 2, welcher die vorliegende Bestimmung «sinngemäss» als anwendbar erklärt, auch die Auswertung der Aufzeich-

nungen unzulässig ist. Diesbezüglich lässt die Bestimmung nach ihrem Wortlaut kaum Interpretationsspielraum³⁹. Auch aus der Perspektive des datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatzes (Art. 4 Abs. 3 DSGVO) sind damit solche Verwendungen nicht zulässig⁴⁰, denn ohne eine der Datenbeschaffung bzw. Aufnahme vorausgehende Information beschränkt sich der Verarbeitungszweck auf denjenigen, der gesetzlich vorgesehen ist. Damit ist es ausgeschlossen, dass Aufzeichnungen, die gestützt auf Abs. 1 der vorliegenden Bestimmung angefertigt wurden, z.B. für Marketingzwecke in personenbezogener Form analysiert werden. Angesichts der technischen Möglichkeit, Aufnahmen in Text umzuwandeln, der dann mit entsprechenden Informatikmitteln weiterbearbeitet und insbesondere ausgewertet werden kann, scheint es besonders wichtig, dies klar festzuhalten. Eine Verwendung der Aufzeichnungen für die Mitarbeiterausbildung oder die Qualitätssicherung oder auch zu Marketingzwecken ist höchstens denkbar, wenn die Aufzeichnungen für den jeweiligen Zweck in anonymisierter Form verwendet werden.

Falls personenbezogene Auswertungen vorgenommen werden sollen oder falls die Aufnahmen für Ausbildungszwecke oder für die Kontrolle des Verkaufsverhaltens der Angestellten verwendet werden sollen⁴¹, ist – wie bisher – eine vorgängige Information erforderlich, auch wenn die Aufzeichnung gestützt auf Art. 179^{quinquies} StGB an sich ohne Einwilligung der Gesprächsteilnehmer zulässig wäre.

Generell ist festzuhalten, dass für die weitere Verwendung, soweit sie zulässig ist, und vor allem auch für die Aufbewahrung der Aufzeichnungen das Datenschutzrecht gilt. Nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 4 Abs. 2 DSGVO) ist etwa die Aufbewahrungsdauer möglichst kurz zu halten; in der Regel nicht länger, als es für die Abwicklung des Vertrages notwendig ist. Zudem sind die Anforderungen an die Datensicherheit einzuhalten (Art. 7 DSGVO, Art. 8 ff. VDSG). Auch muss gewährleistet sein, dass die Betroffenen ihr Auskunftsrecht (Art. 8 DSGVO) geltend machen können.

34 RIKLIN, a.a.O.

35 Voten Vallender, Garbani, Baumann, Bundesrätin Metzler, AB 2003 N 1465.

36 Votum Studer, AB 2003 S 494; Votum Bundesrätin Metzler, AB 2003 N 1466.

37 Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen.

38 BBl 2001 2641.

39 Offenbar anderer Ansicht: Grimm A./Vlcek M., Umstrittener Mitschnitt von Telefonaten, NZZ vom 8.3.2004, S. 20.

40 Auch wenn davon ausgegangen wird, dass Art. 179^{quinquies} Abs. 2 StGB die Verwendung der Aufzeichnungen abschliessend regelt, so ist diese Bestimmung dennoch im Sinne des DSGVO auszulegen; vgl. Ziff. II.2 oben sowie insb. BGE 126 II 126, E. 5.b)bb).

41 Aus arbeitsrechtlicher Sicht stellen sich hierzu noch zusätzliche Fragen. Vgl. z.B. die Erläuterungen des EDSB zur Telefonüberwachung am Arbeitsplatz: http://www.edsb.ch/d/themen/weitere/telefonueberwachung_d.pdf.

V. Abschliessende Bemerkungen

Die Analyse des materiellen Gehaltes, wie er aus den Materialien hervorgeht, führt zum Ergebnis, dass es klares Ziel des Gesetzgebers war, in bestimmten Fällen Aufzeichnungen zu ermöglichen und dabei auf das Erfordernis der Einwilligung des Betroffenen – und damit auf seine vorgängige Information – zu verzichten. Aus der Perspektive des DSG ist die Änderung des StGB daher im Ergebnis so zu interpretieren, dass in den Fällen von Art. 179^{quinquies} Abs. 1 der Datenbearbeiter den Rechtfertigungsgrund der gesetzlichen Grundlage im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSG geltend machen kann, die ihn in einem bestimmten Umfang davon befreit, die datenschutzrechtlichen Grundsätze von Art. 4 ff. DSG beachten zu müssen.

1. Grundsätzliches

Grundsätzlich zu bemängeln ist, dass offensichtlich eine klare Problemdefinition und eine darauf aufbauende Regelungskonzeption als Grundlage der hier untersuchten Neufassung fehlten. Bereits die parlamentarische Initiative Frick begründete nicht im Einzelnen, welche Interessen oder praktischen Gegebenheiten einer vorgängigen Information der Gesprächspartner über die Aufzeichnung entgegen stehen bzw. inwiefern der Geschäftsverkehr zu «schützen» sei; der Bericht der Kommission enthält diesbezüglich ebenfalls kaum weiterführende Überlegungen. Aus den Materialien wird denn auch deutlich, dass in den parlamentarischen Beratungen nicht ganz nachvollzogen werden konnte, wo in der Praxis denn nun tatsächlich schwerwiegende Probleme zu orten seien. Daher erscheint es konsequent, dass der Bereich, in dem eine Einwilligung für die Aufnahme nicht erforderlich ist, eng gefasst wurde. Ohnehin geht es, genau besehen, weniger um die Einwilligung in die Aufnahme, als vielmehr um die Transparenz bezüglich der Tatsache, dass (und zu welchem Zweck) aufgezeichnet wird. Der Transparenz kommt aus datenschutzrechtlicher Sicht zentrale Bedeutung zu, weil sie für die Personen, deren Daten bearbeitet werden, den Anknüpfungspunkt für das Geltendmachen ihrer Rechte darstellt. Nur wenn jemand weiss, dass seine Daten bearbeitet werden, kann das Auskunftsrecht geltend gemacht

oder die Bearbeitung untersagt werden⁴². Auch aus dieser Perspektive ist für eine enge Auslegung der Ausnahmeklausel zu plädieren.

Für die Auslegung des neuen Art. 179^{quinquies} erweist sich – gerade im Zusammenhang mit seinen datenschutzrechtlichen Konsequenzen – die Tatsache als erschwerend, dass er nicht klar zum Ausdruck bringt, zu welchem Zweck die Aufnahmen angefertigt werden dürfen⁴³. Zudem sind die sich aus der Analyse der Beratungen im Parlament ergebenden Kriterien in konkreten Fällen unter Umständen schwierig zu handhaben. Zwar kann wohl davon ausgegangen werden, dass das Risiko einer Persönlichkeitsverletzung bei Massengeschäften wie Bestellungen oder Reservationen grundsätzlich gering ist. Das Kriterium der «Dringlichkeit» bzw. des «Zeitdruckes» ist aber sehr weit gefasst.

Bisweilen kann allenfalls dem Beweisinteresse ein derart hohes Gewicht zukommen, dass eine Aufzeichnung auch dann als zulässig betrachtet werden kann, wenn die beiden anderen Beurteilungskriterien – Dringlichkeit und Massengeschäftcharakter – nur teilweise erfüllt sind. So lässt sich aber wohl nur dann argumentieren, wenn keine anderen zumutbaren Möglichkeiten der Beweissicherung bestehen.

Darüber hinaus stellt sich die Frage nach dem geeigneten bzw. sachlich richtigen Regelungsort. Es scheint insbesondere aus Gründen der Bestimmtheit der Norm, an die im Strafrecht besonders hohe Anforderungen zu stellen sind⁴⁴, wenig sachgerecht, eine derart auslegungsbedürftige Bestimmung als Ausnahme von der Strafbarkeit zu konzipieren. Richtiger oder zumindest anwenderfreundlicher wäre es gewesen, eine klare spezialgesetzliche Erlaubnisnorm im Fernmelderecht vorzusehen, die nach Art. 32 StGB ebenfalls Vorrang gegenüber den Artikeln 179^{bis} und 179^{ter} StGB beanspruchen könnte. Eine solche gesetzliche Grundlage hätte Zweck und Vorausset-

42 Vgl. MAURER, Kommentar DSG, Art. 4, RZ 9, sowie auch Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Februar 2003 (Botschaft Revision DSG), BBl 2003 2101, S. 2124 ff. und 2131 ff.

43 Vgl. auch die Kritik von GRIMM/VLCECK, a.a.O.

44 TRECHSEL/NOLL, a.a.O., S. 52.

zungen von Aufzeichnungen telefonischer Gespräche im Geschäftsverkehr klarer umreissen müssen.

2. Abgrenzung anhand von Beispielen

Anhand typischer Aufgabenkategorien im Bereich der telefonischen Geschäftsabwicklung (Call Centers)⁴⁵ können folgende Beispiele zur Illustration der Abgrenzung angeführt werden:

Aufnahme ist ohne Einwilligung zulässig:

- Auftragsannahme beim Verkauf von Produkten und Dienstleistungen;
- Rückbestätigung von schriftlich oder online erteilten Aufträgen;
- Reservationen und Buchungen;
- Wettbewerbe.

Aufnahme ist ohne Einwilligung nicht zulässig:

- Telefonische Kundenberatung, Kundenunterstützung für erworbene Produkte und Dienstleistungen, Beschwerdemanagement («Helpdesk»-Funktionen);
- Entgegennahme, Vermittlung und Verarbeitung standardisierter Informationen (Auskunfterteilung, Weitervermittlung);
- aktiver Verkauf (Telefonmarketing), aktive Kundenbetreuung oder -rückgewinnung;
- umfassendere Vertragsverhandlungen;
- Marktforschung, telefonische Befragungen.

Die Beispiele verdeutlichen, dass grundsätzlich bei Anrufen vom Unternehmen zum Kunden (sog. «outbound»-Dienstleistungen) immer eine vorgängige Information bzw. Einwilligung des Gesprächspart-

ners erforderlich ist, wenn das Gespräch aufgezeichnet werden soll. Bei der Organisation von Call-Center-Dienstleistungen empfiehlt es sich zudem, eine Trennung zwischen verschiedenen Bereichen vorzusehen, was mittels technischer Lösungen (z.B. einer menügesteuerten Benutzerführung, wie sie heute allgemein üblich ist) ohne weiteres bewerkstelligt werden kann. Eine andere Möglichkeit besteht darin, verschiedene Kategorien von Dienstleistungen über getrennte Nummern bzw. Anschlüsse abzuwickeln.

Die Praxis zeigt, dass es durchaus – auch bei grossen Unternehmen – vorkommt, dass nicht einmal die betroffenen Call-Center-Mitarbeitenden genügend darüber informiert sind, zu welchen Zwecken Aufzeichnungen angefertigt werden. In solchen Fällen liegt – nur nebenbei bemerkt – auch im Verhältnis von Unternehmen zu ihren Mitarbeitenden eine ungerechtfertigte Persönlichkeitsverletzung vor⁴⁶. Eine gültige Einwilligung der Gesprächsteilnehmenden kann nur erfolgen, wenn die Information für alle Beteiligten hinreichend klar ist, so dass die wesentlichen Rahmenbedingungen der Bearbeitung (insb. Bearbeitungszweck, allfällige Weitergabe der Daten) für die betroffene Person erkennbar sind, und wenn bei einer Verweigerung der Einwilligung keine unverhältnismässigen Nachteile drohen⁴⁷. Die blosser Information, dass eine Aufzeichnung bei einer Helpdesk-Nummer «zu Sicherheitszwecken» erfolge, ist beispielsweise als ungenügend, ja sogar irreführend, zu betrachten. Werden diese Aufzeichnungen dann aber für Ausbildungszwecke verwendet, liegt nicht nur eine klare Verletzung des datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgebotes vor, es wird zudem gegen Art. 179^{ter} StGB verstossen, weil keine gültige Einwilligung der Gesprächsteilnehmer vorliegt⁴⁸. Ähnliches gilt, wenn der anrufenden Person mitgeteilt wird, die Aufnahme erfolge «aus Qualitätsgründen».

Abschliessend ist somit zu betonen, dass eine sorgfältige Prüfung der Aufnahmepaxis notwendig ist und nicht ohne zwingende Gründe – zwingend im Sinne der oben dargelegten Kriterien – auf die Information der Anrufenden verzichtet werden darf, wenn eine Aufzeichnung des Gesprächs vorgesehen wird. ■

45 Vgl. BAUMGARTNER GOOD K./UDRIS I., Call Centers in der Schweiz, Studie ETHZ Oktober 2002 (Kurzfassung), S. 3; UDRIS I./BAUMGARTNER M., Telefonarbeit in Schweizer Call Centers: Eine typologische Betrachtung zur Arbeitstätigkeit und zum Befinden des Personals, *Wirtschaftspsychologie* 1/2003, S. 163 f.

46 Vgl. FN 41.

47 Vgl. dazu auch Botschaft Revision DSG, S. 2127 f.

48 Ohnehin ist eine wirklich freie Einwilligung nur dann möglich, wenn eine effektive Wahlmöglichkeit seitens des Anrufenden besteht, ob er eine Aufnahme zulassen will oder nicht. Einzig der Verzicht auf die Inanspruchnahme der fraglichen Dienstleistung (z.B. Beratung oder Hilfe) als Alternative zur Aufzeichnung des Gesprächs zu bieten, erfüllt diese Bedingung nicht. So geht die Tendenz beispielsweise im deutschen Datenschutzrecht dahin, zu untersagen, dass die Einwilligung in eine zweckfremde Datenbearbeitung beim Zugang zu einer (Dienst-)Leistung zur faktischen Voraussetzung gemacht wird (Kopplungsverbot; vgl. SIMITIS S., Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, Baden-Baden 2003, § 4a, Rz 65).

Rôle et financement du service universel dans les postes et télécommunications

Le droit suisse à la lumière de la politique européenne de libéralisation

Pranvera Këllezi

LL.M. Collège d'Europe (Bruges), assistante à l'Université de Genève

I. Introduction

La vague de libéralisations dans plusieurs secteurs au début des années nonante a eu comme conséquence de poser une nouvelle fois la question des obligations du service public. Dans un marché libéralisé, le rôle de l'Etat n'est pas seulement de réguler le processus d'ouverture, mais aussi de continuer à garantir des services pour l'ensemble de la population. Dénommés par la Commission CE des services d'intérêt général¹, les activités qui étaient considérées comme services publics auparavant sont définies de manière précise. Ainsi, un ensemble d'obligations minimales de service universel a vu le jour tant dans la Communauté européenne qu'en Suisse. Leur rôle est d'assurer la cohésion nationale et de lutter contre les disparités entre différentes régions ainsi que contre l'exclusion sociale.

La garantie d'un ensemble d'obligations pose également la question de leur financement. Traditionnellement assuré par l'Etat, l'ouverture du marché à la concurrence soulève la question du financement non seulement suffisant afin d'assurer un niveau de service universel de base, mais requiert également sa neutralité sous l'angle de la concurrence. Dans cet article, nous allons dans un premier temps définir les obligations de service universel afin de souligner leur mission (II). Nous discuterons alors les différents modes de financement du service universel tant en droit européen qu'en Suisse (III).

II. Rôle des obligations de service universel

1. Définition des obligations de service universel

A. En général

La notion de service universel se rapporte à un ensemble d'obligations imposées à un opérateur public ou privé dont l'objectif principal est de garantir l'accès de toute la population à des services de qualité à un prix abordable². Selon la Commission CE, le concept de service universel doit être appréhendé d'une manière flexible et dynamique, ce qui permettra de l'adapter à l'évolution politique, sociale, économique et technologique et, surtout, à l'évolution des besoins des citoyens³. Le mécanisme choisi au sein de la Communauté européenne pour assurer la cohésion sociale, passe par la définition d'un ensemble

Zusammenfassung: Nach der Liberalisierung verschiedener Sektoren wurden einige Minimalverpflichtungen für die Grundversorgung in der EU und in der Schweiz eingeführt. Ihre Rolle besteht darin, den Zusammenhalt der Nation sicherzustellen. Die Anwendbarkeit des allgemeinen Inhalts der Grundversorgung auf die Sektoren Post und Telekommunikation lässt diese an den gesetzten Zielen messen. Mit der Garantie all dieser Verpflichtungen stellt sich auch die Frage nach deren Finanzierung. Diese muss sichergestellt und wettbewerbsrechtlich neutral sein, um eine minimale Grundversorgung herzustellen. Die Erteilung von Exklusivrechten schränkt den Wettbewerb ein. Die Finanzierung über den Staatshaushalt oder den Markt entsprechen am besten dem freien Wettbewerbsgedanken. Das schweizerische System ist nicht über alle Zweifel erhaben.

1 Nous renverrons aux discussions du Livre vert sur le concept de service public et de services d'intérêt général, § 19, infra n.2. Nous soulignons que le traité CE se réfère uniquement aux services d'intérêt économique général, la notion de services d'intérêt général étant plus large et englobant les services marchands et non marchands.

2 Livre vert sur les services d'intérêt général, du 21.05.2003, COM/2003/270 final, §§ 50 ss, disponible à l'adresse Internet http://europa.eu.int/lex/fr/com/gpr/2003/com2003_0270fr01.pdf.

3 Idem, § 51. Pour sa part, l'art. 16 al. 3 de la loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC; RS 784.10), permet au Conseil fédéral d'adapter «périodiquement les prestations relevant du service universel aux besoins de la société et du monde économique et à l'état de la technique».

Résumé: *A la suite de la libéralisation de plusieurs secteurs d'activités, un ensemble d'obligations minimales de service universel a vu le jour tant au sein de l'Union européenne qu'en Suisse. Leur rôle est d'assurer la cohésion nationale. L'application de la définition générale aux secteurs des postes et télécommunications permet de mettre en relief cet objectif. La garantie de cet ensemble d'obligations pose en outre la question de leur financement. Ce dernier doit être suffisant, afin d'assurer un niveau de service universel de base; et il doit être neutre sous l'angle de la concurrence. Or l'octroi de droits exclusifs restreint considérablement la concurrence. Il apparaît que le financement par le budget de l'Etat, voire par le marché lui-même, sont des modes de soutien plus respectueux de la libre concurrence. Le système suisse n'est pas au-dessus de tout soupçon.*

d'obligations minimales pour les Etats membres. Ils sont, bien évidemment, libres d'imposer d'autres obligations aux entreprises opérant sur leurs territoires.

Les obligations de service universel sont principalement liées à la continuité, à la qualité et à l'accessibilité tarifaire. Tout d'abord, le fournisseur du service est tenu de veiller à ce que celui-ci soit fourni sans interruption⁴. Cette obligation permet de garantir en tout temps l'accès à des services, et ce même dans des zones géographiques où les services ne sont pas rentables. Dans certains secteurs, comme le secteur postal, cette obligation a été posée expressément par la réglementation communautaire⁵. Toutefois, l'accès à des services nécessaires serait dérisoire s'il n'était pas possible de garantir une certaine qualité. Le contenu d'une telle obligation comporte des règles relatives à la sécurité, à l'exactitude et à la transparence de la facturation ou encore à la couverture territoriale et la protection contre l'interruption du service. Ce dernier exemple n'est pas sans rappeler l'obligation de continuité: les obligations forment en effet un ensemble indissociable, ce qui requiert des efforts considérables de la part des autorités nationales compétentes pour garantir un paquet de services de qualité. Ensuite, les garanties de continuité et de qualité n'attendraient pas l'objectif que se sont fixées les autorités publiques, à savoir celui de lutter contre l'exclusion sociale, si la réglementation ne permettait pas un certain contrôle des prix. Ainsi, un service d'intérêt économique général doit être offert à un prix abordable pour être accessible à tous⁶, – ce qui rend ces services universellement accessibles ou «universels». La Commission CE attire l'attention des Etats membres sur les besoins particuliers des populations vulnérables et marginalisés et l'application effective des prix ainsi plafonnés (ou contrôlés d'autres manières), sans quoi la cohésion sociale et territoriale ne serait pas assurée. Enfin, d'autres obligations ont été ajoutées ou renforcées pour assurer la fourniture de services universels⁷.

B. Services postaux universels

En droit communautaire, le contenu minimal du service universel dans le secteur postal est fixé à l'article 3 de la directive

97/67⁸. Après avoir défini le service universel en général⁹, elle prévoit les obligations spécifiques dans le secteur postal comme étant la fourniture tous les jours ouvrables, au moins cinq jours par semaine, d'une levée et d'une distribution au domicile de chaque personne physique ou morale¹⁰. En outre, le service universel comprend la levée, le tri, le transport et la distribution des envois postaux jusqu'à 2 kg, des colis postaux jusqu'à 10 kg ainsi que les envois recommandés et ceux à valeur déclarée¹¹. En droit suisse, la loi sur la poste¹² définit comme service postal universel «le dépôt, la collecte, le transport et la distribution d'envois», qui sont assurés en règle générale «tous les jours ouvrables, mais au moins cinq jours par semaine.»¹³ Le service universel comprend des services réservés, soit l'acheminement des «envois de la poste aux lettres et des colis adressés pesant jusqu'à 2 kg»¹⁴, ainsi que les services non réservés qui comprennent quant à eux les envois des lettres à destination de l'étranger, le transport des colis jusqu'à 20 kg, le transport des journaux et périodiques en abonnement, ainsi que le versement, le paiement et le virement¹⁵.

4 Livre vert (n. 2), § 55.

5 Dans d'autres secteurs, comme celui de l'énergie, la législation communautaire laisse le choix aux Etats membres d'imposer une telle obligation.

6 Livre vert (n. 2), § 60.

7 Idem, § 62. Dans ce cadre, la protection des utilisateurs et des consommateurs revêt une importance particulière.

8 Directive 97/67 CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et de l'amélioration de la qualité du service, JOCE 1997 L 15 p. 14. Sur cette directive voir GERARDIN D./HUMPE C., «The liberalisation of postal services in the European Union: an analysis of directive 97/67», in: The liberalization of postal services in the European Union, GERARDIN D. (éd.), Londres 2002, p. 91-119.

9 Nous retrouvons les mêmes conditions générales dans l'art. 3 al. 1 de la Directive 97/67: «Une offre de services postaux de qualité déterminée fournis de manière permanente en tout point du territoire à des prix abordables pour tous les utilisateurs.»

10 Art. 3 al. 3 de la directive 97/67 (n. 8).

11 Art. 3 al. 4 de la directive 97/67 (n. 8).

12 Loi fédérale sur la poste du 30 avril 1997 (LPO; RS 783.0); voir aussi l'ordonnance sur la poste du 26 novembre 2003 (OPO; RS 783.01).

13 Art. 2 al. 1 LPO.

14 Art. 3 LPO.

15 Art. 3 OPO.

C. Services universels de télécommunications

En droit communautaire, les obligations de service universel sont définies par la Directive 2002/22¹⁶. En font partie, entre autres, la fourniture d'accès (le raccordement), le service d'annuaire, ainsi que les postes téléphoniques payants publics¹⁷. La loi suisse sur les télécommunications, pour sa part, définit l'étendue du service universel en son art. 16.

Elle garantit également la fourniture d'un point de terminaison du réseau permettant aux abonnés de faire et de recevoir, en temps réel, des appels téléphoniques nationaux et internationaux, les appels d'urgence, l'accès aux annuaires ainsi que la mise à disposition d'un nombre suffisant de postes téléphoniques payants publics¹⁸.

2. Rôle du service universel

Défini comme un ensemble d'obligations minimales, le service universel représente le noyau dur des services d'intérêt économique général dans les secteurs des économies de réseaux, i.e. les secteurs de la poste, des télécommunications, de l'énergie ou des transports. Ces obligations sont indispensables pour accompagner le processus de libéralisation de ces secteurs¹⁹, dans le but d'assurer un accès de toute la population aux services de base, anciennement dénommés services publics, et de contribuer de la sorte à la cohésion sociale et territoriale. La contribution des services d'intérêt général à cette cohésion a été soulignée par l'art. 16 CE et leur mention à l'art. 36 de la Charte des droits fondamentaux²⁰. La place des services d'intérêt général dans la législation communautaire passe ainsi d'une simple exception aux règles de la concurrence, que représente l'art. 86 al. 2 CE, à une composante importante des «valeurs communes de l'Union»²¹ et du modèle social européen²². Ces obligations servent les mêmes objectifs en Suisse; le Conseil fédéral souligne la contribution de ces services à la qualité de vie, à la cohésion nationale et à l'attrait de la place économique suisse²³.

III. Financement des obligations de service universel

L'ouverture des marchés à la concurrence et la définition des obligations minimales de service universel soulèvent la question de leur financement. La loi du marché rend parfois impossible la garantie d'accès à des prestations de qualité à un prix abordable pour toute la population d'un pays. Il reste toujours des activités ou des zones géographiques non rentables qui requièrent un soutien financier. Les formes de soutien financier²⁴ peuvent aller de l'octroi de droits exclusifs (autrement dit de la création de secteurs réservés) au financement par des recettes obtenues sur le marché en question, en passant par le financement direct à partir du budget de l'Etat. Le processus de libéralisation qui a pour but l'introduction de la concurrence exercera une pression supplémentaire sur les opérateurs - opérateurs historiques ou nouveaux arrivants - pour qu'ils réduisent les coûts de leurs activités et deviennent de plus en plus efficaces²⁵.

16 Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»), JOCE 2002 L 108 p. 51.

17 Art. 4, 5, 6 et 7 directive 2002/22.

18 Voir plus précisément la liste de l'art. 19 de l'ordonnance sur les services de télécommunication du 31 octobre 2001 (OST; RS 784.101.1).

19 Sur les problèmes soulevés par les libéralisations de ces secteurs, voir BOVET C., «Aspects des économies de réseaux», in: *Aux confins du droit: Essais en l'honneur du professeur C.-A. Morand, Auer/Delley/Hottelier/Malinverni* (éd.), Genève 2001, p. 491-518.

20 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOCE 2000 C 364 p. 1.

21 Selon l'expression de l'art. 16 CE.

22 Ross M., «Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?», in: *European Law Review* 2000/25, p. 22.

23 Rapport du Conseil fédéral du 23 juin 2004, «Le service public dans le domaine des infrastructures», http://www.uvek.admin.ch/imperia/md/content/gs_uvek2/d/servicepublic/6.pdf.

24 Sur ces questions en général voir RODRIGUES S., *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Londres, Paris, New York 2000, p. 569 ss.

25 La libéralisation des services postaux en Suisse repose sur la plupart de ces principes. Le service universel sera financé par les recettes du secteur réservé; le secteur non réservé sera financé par des redevances, des économies et la restructuration de la Poste (cf. commentaire de la révision 2004 de l'ordonnance sur la poste, p. 4, <http://www.uvek.admin.ch/imperia/md/content/postreg/erlasse/21.pdf>).

1. Octroi de droits exclusifs

Le financement du service universel était traditionnellement assuré par l'octroi de droits exclusifs (monopoles légaux) ou spéciaux, principalement aux entreprises publiques. Ainsi, une ou plusieurs activités, ou une certaine zone géographique, peuvent être réservées à certaines entreprises déterminées, en éliminant de cette manière la concurrence provenant d'autres opérateurs. Cette approche était justifiée tant par l'idée de l'existence de monopoles naturels, que par le besoin de l'Etat de fournir lui-même certaines prestations qui semblaient relever de ses prérogatives.

L'octroi de droits exclusifs et spéciaux n'est, en principe, pas contraire au traité CE²⁶. Les droits exclusifs sont définis dans la directive 2002/77²⁷ comme «les droits accordés par un État membre à une seule entreprise au moyen de tout instrument législatif, réglementaire ou administratif qui lui réserve le droit de fournir un service de communications électroniques ou d'exploiter une activité de communications électroniques sur un territoire donné»²⁸; les droits spéciaux sont les droits accordés par un État membre à deux ou plusieurs entreprises, ou les droits qui confèrent à ces entreprises des avantages légaux ou réglementaires²⁹.

Si le principe de la réservation d'une activité à une ou plusieurs entreprises découle

expressément du traité CE lui-même, l'étendue du domaine d'activité ainsi exclu de la concurrence reste sujet à discussion. La question a été traitée dans plusieurs affaires. Pour ne prendre exemple que dans le domaine postal ou des communications électroniques, la CJCE affirme dans l'affaire RTT³⁰ que l'extension du monopole de l'établissement et de l'exploitation du réseau téléphonique au marché des appareils téléphoniques, sans justification objective, est prohibée comme telle par l'art. 86, al. 1, en relation avec l'art. 82, lorsque cette extension est le fait d'une mesure étatique³¹, tout en soulignant qu'«un système de concurrence non faussée tel que celui prévu par le traité CE ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée.»³² Ce principe doit être rapproché de celui de l'égalité entre concurrents, énoncé en droit constitutionnel suisse³³.

Peu de temps après, la CJCE s'est exprimée dans un arrêt de principe sur le difficile équilibre entre le financement des services d'intérêt général et la sauvegarde de la concurrence. L'arrêt Corbeau³⁴ clarifie en effet dans quelles circonstances ces droits peuvent être octroyés et, ce qui est plus important, les cas dans lesquels la concurrence ne peut pas être mise en cause: les droits exclusifs peuvent être octroyés à des entreprises chargées de services d'intérêt économique général, dans la mesure où la restriction ou l'élimination de la concurrence est nécessaire pour accomplir leur mission³⁵. Peuvent être réservés non seulement les services non rentables, mais aussi des services rentables, ce qui va permettre une compensation (ou subvention croisée) à l'intérieur du secteur réservé. Cette compensation donne à l'entreprise la faculté de fournir des services universels dans des conditions d'équilibre économique. L'équilibre économique est une condition également exigée pour exclure des activités du secteur réservé en raison de leur caractère spécifique et dissociable³⁶. La loi suisse sur les postes exprime le même principe, le Conseil fédéral pouvant exclure certaines activités des services réservés «à condition que le financement d'un service universel suffisant reste assuré»³⁷.

L'octroi de droits exclusifs ou spéciaux élimine complètement la concurrence des

- 26 En ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles les Etats membres accordent des droits spéciaux ou exclusifs, 86 al. 1 CE prévoit que ces derniers ne doivent pas édicter ou maintenir des mesures contraires aux règles du traité. Voir également une des premières affaires dans ce domaine, l'affaire Sacchi, 155/73, Rec. 1974 p. 409, où la Cour de Justice ne s'est pas opposée à l'existence de monopoles créés par des droits exclusifs, ni à l'extension de ces droits à une activité commerciale comme le droit exclusif d'émettre des messages publicitaires.
- 27 Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, JOCE 2002 L 249 p. 21.
- 28 Art. 1 al. 5 de la directive 2002/77.
- 29 Art. 1 al. 6 de la directive 2002/77 (n. 27). Selon cet article, les droits sont accordés dans ce cas selon des critères «qui ne sont pas objectifs, proportionnés ni non discriminatoires».
- 30 RTT c GB-Inno-BM, affaire C-18/88, Rec. 1991 p. I-5921.
- 31 Idem, § 24.
- 32 Idem, § 25.
- 33 Voir MARTENET V., Géométrie de l'égalité, Zurich 2003, p. 486 ss.
- 34 Corbeau, affaire C-320/91, Rec. 1993 I-2533.
- 35 Idem, § 14.
- 36 Idem, § 19.
- 37 Art. 3 al. 3 LPO. Le Conseil fédéral doit tenir compte des conséquences financières de l'ouverture des services à la concurrence (art. 4 LPO, sur les services non réservés).

autres entreprises, ce qui justifie l'approche restrictive de la CJCE et de la Commission. Les directives libéralisant le secteur postal définissent de façon précise et exhaustive l'étendue du secteur réservé³⁸. Celui-ci est plus étroit que les activités composant le service postal universel³⁹. En Suisse également, le service postal universel est défini de manière plus large que le secteur réservé⁴⁰, qui reste cependant plus étendu qu'au sein de l'Union européenne. Dans le domaine des communications électroniques, le marché est entièrement libéralisé au sein de l'Union européenne⁴¹, ce qui se traduit par l'absence de secteur réservé. En Suisse, le marché est libéralisé à l'exception du dégroupage de la boucle locale⁴².

La limitation de l'étendue du secteur réservé contribue à réduire la possibilité de l'utilisation des rentes de monopole générées dans ce secteur pour subventionner les activités ouvertes à la concurrence. La Commission CE a énoncé, dès le début de la libéralisation, les principes gouvernant les subventions croisées: les subventions croisées entre deux activités réservées ainsi que la subvention du service réservé par des recettes du secteur concurrentiel sont légales; en revanche, la subvention des activités concurrentielles par des recettes du secteur réservé viole l'article 82 CE⁴³. La directive 2002/39 sur les postes va plus loin en interdisant le financement de services universels en dehors du secteur réservé par des recettes provenant du secteur réservé, sauf «si une telle subvention croisée s'avère absolument indispensable à l'accomplissement des obligations spécifiques de service universel imposées au domaine concurrentiel»⁴⁴. Les subventions croisées non seulement causent une distorsion de concurrence dans les activités ouvertes à la concurrence, mais encore font en sorte que les clients du secteur réservé seraient tenus de financer un «gaspillage de ressources»⁴⁵. La loi suisse sur la poste interdit également les subventions croisées⁴⁶. A l'instar de la réglementation européenne, le produit des services non réservés et des services libres, peut servir à financer les obligations de service universel. Toutefois, en l'état, la loi suisse interdit uniquement les subventions des services libres⁴⁷, au moyen de revenus générés par des services réservés⁴⁸.

L'acceptation des subventions croisées à l'intérieur du secteur réservé est naturelle; il s'agit même de la principale raison de la réservation de certains secteurs d'activité à un ou plusieurs opérateurs. En Suisse, le produit des services postaux réservés sert de base pour le financement du service uni-

38 Voir la directive 2002/39 du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67 en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté, JOCE 2002 L 176 p. 2: «Dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer le maintien du service universel, les États membres peuvent continuer à réserver des services à un (des) prestataire(s) du service universel. Lesdits services sont limités à la levée, au tri, au transport et à la distribution des envois ordinaires de correspondance intérieure et de correspondance transfrontière entrante, que ce soit par courrier accéléré ou non, conformément tant aux limites de poids que de prix ci-après. La limite de poids est fixée à 100 grammes à partir du 1er janvier 2003 et à 50 grammes à partir du 1er janvier 2006. Elle ne s'applique pas, à partir du 1er janvier 2003, si le prix est égal ou supérieur à trois fois le tarif public applicable à un envoi de correspondance du premier échelon de poids de la catégorie la plus rapide et, à partir du 1er janvier 2006, si le prix est égal ou supérieur à deux fois et demie ledit tarif.» Le publipostage et le courrier transfrontière sortant peut continuer à être réservé. Le courrier transfrontière sortant est, quant à lui, ouvert à la concurrence (idem, cons. 20).

39 Cf. l'art. 3 de la directive 76/67 (n. 8).

40 Selon l'art. 3 al. 1 LPO, la Poste a le droit exclusif d'acheminer des envois de la poste aux lettres et des colis adressés pesant jusqu'à 2 kg. Toutefois, sont exclus des services réservés le courrier rapide, ainsi que le transport des colis du service international et des envois de la poste aux lettres à destination de l'étranger (al. 2).

41 Art. 2 al. 1 de la directive 2002/77 (n. 27): «Les États membres ne peuvent accorder ni maintenir de droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques ou pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public.»

42 Une révision de la LTC est en cours, visant à ouvrir le «dernier kilomètre» à la concurrence (message du 12 novembre 2003 relatif à la modification de la loi sur les télécommunications, FF 2003 7245). La commission des transports et des télécommunications du Conseil national propose d'ouvrir le «dernier kilomètre», mais d'assortir cette ouverture à l'obligation pour les fournisseurs d'investir dans les infrastructures (communiqué de presse du 29 juin 2004). En droit européen, le règlement 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, JOCE 2000 L 336/4, prévoit un accès inconditionnel à la boucle locale.

43 Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications, JOCE 1991 C 233 p. 2, cons. 103 ss.

44 Art. 12 de la directive 2002/39, n. 38. Il est à noter que cette interdiction va plus loin que les principes du droit général de concurrence, qui ne considère pas illégale les subventions croisées en elles-mêmes. Voir WISH R., *Competition Law*, 5e éd., Londres 2003, p. 709 s.

45 Voir la décision du 20 mars 2001 relative à une procédure d'application de l'art. 82 CE (COMP/35.141 Deutsche Post AG), JOCE 2001 L 125, p. 27, § 37.

46 Art. 9 al. 4 LOP ainsi que l'art. 18 OPO.

47 Les services libres sont les prestations autres que le service universel et que la Poste peut offrir en concurrence avec les opérateurs privés suisses ou étrangers (art. 1 lit. j OPO).

48 Contrairement à l'art. 9 al. 4 LPO, l'art. 18 OPO introduit une confusion en ce qu'il interdit la subvention des services libres par des recettes du service universel. Il n'est pas clair si la subvention à partir des recettes du service universel non réservé est également interdit.

versel⁴⁹. Il s'agit d'une mode de financement des activités ou des zones géographiques non-rentables (les zones rurales) par des rentes de monopole tirées des activités ou des zones rentables (les villes). Dans l'Union européenne, le principe de financement des activités non rentables par des activités rentables a été posé dans l'arrêt Corbeau⁵⁰, principe qui justifie également l'extension du monopole des activités déficitaires à d'autres, rentables⁵¹. La couverture assez large d'un ensemble d'activités rentables à côté d'activités déficitaires réduit également «l'écémage», i.e. la couverture par des opérateurs des seules activités rentables. De même, l'application de tarifs uniformes, lesquels doivent rester abordables pour toute la population, permet le financement des zones rurales déficitaires par les revenus obtenus dans les zones avec une forte densité d'habitants, où le service offert permet de réaliser des économies d'échelle.

2. Financement par les recettes obtenues sur le marché

Le financement du service universel par des contributions des autres opérateurs est une des options laissées aux Etats membres

de la Communauté européenne⁵². La directive 97/67 laisse les Etats libres d'établir un fonds de compensation; ce mode de financement doit servir à financer exclusivement le service universel et doit respecter les principes de transparence, de non discrimination et de proportionnalité⁵³. Dans un arrêt récent, la CJCE a encadré l'utilisation de l'imposition d'un droit postal pour financer les services postaux universels en le soumettant à certaines conditions⁵⁴. Il s'agissait en l'occurrence d'un droit postal imposé, pour assurer le financement du service universel, à un opérateur qui offrait un service de courrier express ne relevant pas du service universel. Tout d'abord, les recettes provenant de la perception de ces droits ne doivent pas être supérieures au montant nécessaire pour compenser les pertes⁵⁵. Ensuite, l'entreprise chargée d'assurer le service universel doit être tenue d'acquitter ces droits lorsqu'elle fournit un service de courrier express⁵⁶. Enfin, il doit être prouvé qu'un tel paiement est nécessaire pour permettre à cette dernière entreprise d'opérer dans des conditions économiquement acceptables. Dans le domaine des communications électroniques, la directive 2002/22 prévoit aussi la possibilité de la répartition du coût net du service universel entre les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques⁵⁷; ce mode doit servir exclusivement à financer les services universels minimaux définis par la directive⁵⁸. La constitution de fonds spéciaux permet, alors, de concilier le service universel et la libre concurrence en corrigeant les inégalités entre les divers opérateurs économiques⁵⁹.

Le financement des services universels de communications électroniques présente l'exemple par excellence de ce mode de financement. En effet, à défaut de secteur réservé proprement dit⁶⁰, le système de prélèvement de redevances de concessions⁶¹ constitue le mode principal du financement du service universel. Ce système de redevances doit respecter les critères de neutralité en matière de concurrence et de structure⁶². Swisscom en tant que seul concessionnaire de service universel en Suisse, pour le moment a renoncé à demander une compensation pour ses services⁶³; le système légal des redevances n'a, par conséquent, pas été utilisé jusqu'à ce jour. La loi sur les postes prévoit également

- 49 Message du 10 juin 1996 relatif à la loi fédérale sur la poste (LPO), FF 1996 III 1201, p. 1231.
50 Arrêt Corbeau (n. 34), § 17 s.
51 Ibidem. Voir également l'affaire *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Rec. 2001 p. I-8089, où la CJCE a considéré que le fait de réserver aux titulaires de droits exclusif sur le marché du transport d'urgence les services de transport non urgent pouvait être justifié par l'art. 86 al. 2 CE, pour autant que les organismes sanitaires titulaires des droits exclusifs fussent en mesure de satisfaire à la demande du service d'urgence et celui de transport de malades (§ 65).
52 Voir aussi *VISCO COMANDINI V.*, «The provision and funding of universal service obligations in a liberalized environment», in: *The liberalization of postal services in the European Union*, Gardarin (éd.), Londres 2002, p. 221-234. Il faut souligner à ce propos, que la question du financement des services universels reste avant tout une compétence des Etats membres, la Commission n'intervenant qu'au sujet des distorsions éventuelles de la concurrence que peuvent causer les différents modes de financement.
53 Art. 9 al. 4 de la directive 97/67 (n. 8).
54 *TNT Traco c Poste Italiana*, C-340/99, Rec. 2001 p. I-4109.
55 *Idem*, § 57.
56 *Idem*, § 58.
57 Art. 13 al.1 et 2 de la directive 2002/22 (n. 16).
58 Art. 34 de la Directive 2002/22 (n. 16).
59 *BUENDA SIERRA J.L.*, «Services d'intérêt général en Europe et politique communautaire de concurrence», *Competition Policy Newsletter*, 1996/3, p. 109, 115.
60 Nous rappelons que Swisscom détient actuellement le monopole sur la boucle locale.
61 Art. 38 LTC et art. 34 OST.
62 Message du 10 juin 1996 concernant la révision de la loi sur le télécommunications, FF 1996 III 1361, p. 1397 s.
63 Communiqué de presse de Swisscom du 4 mars 2002, «Swisscom candidate au service universel».

le prélèvement de redevances sur les autres opérateurs de services postaux⁶⁴. Ces redevances, qui vont alimenter un fonds spécial géré par l'autorité réglementaire compétente⁶⁵, serviront à financer les services universels non réservés⁶⁶. Afin de contrôler les montants mis à disposition pour le service universel et éviter la surévaluation de leurs coûts, le calcul des redevances est défini de manière précise⁶⁷.

Toutefois, à la différence de la LTC, qui utilise en principe le fonds spécial pour compenser les pertes de tout opérateur ayant obtenu une concession de service universel, la loi sur la poste et ses ordonnances d'application réservent le droit à une compensation à la Poste suisse, les autres opérateurs offrant des services universels ne pouvant qu'être exonérés du paiement de la redevance⁶⁸. Il doit être souligné, toutefois, que la Poste a l'obligation de fournir le service universel du secteur non réservé⁶⁹. Cela peut justifier la charge assez lourde revenant à la Poste de prouver la situation déficitaire des services. Toutefois, le fait que les autres opérateurs susceptibles d'offrir un véritable service postal universel dans le secteur non réservé ne puissent pas profiter de ce mode de financement soulève la question de la neutralité de cette réglementation du point de vue de la concurrence. En outre, la seule impossibilité de couvrir les déficits engendrés par la couverture uniforme d'un territoire peut créer une barrière à l'entrée. Un système de financement sur le modèle de la LTC aurait été plus judicieux.

3. Financement direct par le budget

Le financement direct par le budget de l'Etat est un autre mode classique de financement, censé dédommager tout opérateur chargé de fournir des services universels. Ce mode de financement est neutre du point de vue du droit de la concurrence, pour autant que les autorités publiques ne choisissent pas de manière arbitraire l'opérateur susceptible d'être compensé. En droit communautaire, le financement via le budget de l'Etat pose le problème des aides d'Etat. L'affaire Altmark⁷⁰ a clarifié en partie la qualification d'aide d'Etat des financements via le budget de l'Etat, et par là de l'obligation de notifier à la Commission⁷¹.

Un problème identique se pose en droit suisse, lorsque le montant compensatoire permet une rémunération plus que normale de l'opérateur subventionné, en lui permettant de financer des activités hors des services universels. La Confédération a exprimé clairement son intention de ne pas contribuer directement au financement des services universels⁷², ce qui explique l'étendue plus large du secteur postal réservé. Elle écarte ainsi un des modes de financement neutre sur le plan de la concurrence.

III. Conclusions

Dans la perspective de la politique de libéralisation qui se développe en Europe et en Suisse, il convient d'assurer le bon équilibre entre l'ouverture du marché et la sauvegarde des acquis en matière de service public. Le maintien en l'état du service public, rendu difficile du fait d'une conjoncture économique peu favorable, n'a pu être atteint que par l'ouverture du marché à la concurrence. Ce faisant, les pouvoirs publics ont réussi à diminuer son coût et sa charge pour le budget de l'Etat. Cette diminution des coûts s'est doublée d'une amélioration de la qualité des services fournis, grâce notamment à une offre de services constamment renouvelée.

Le maintien du service universel ne signifie pas la création d'un secteur réservé qui le couvrirait. Il s'agit, en fait, de deux

64 Art. 6 LPO et art. 29 ss OPO. Une exception est prévue à l'al. 4 pour les opérateurs qui assurent des services postaux sur l'ensemble du territoire. Toutefois, le prélèvement de ces redevances doit être fait seulement si la Poste suisse prouve qu'une gestion des services universels, selon les lois de marché, n'est pas possible.

65 Art. 40 ss OPO. PostReg, l'autorité de régulation postale (<http://www.postreg.admin.ch/postreg/index.html?lang=fr>), est rattachée au secrétariat général du DETEC sur le plan administratif.

66 Message LPO (. 49), FF 1996 III p. 1237.

67 Art. 31 ss OPO.

68 Art. 33 OPO.

69 Art.1 lit. c OPO.

70 Altmark Trans GmbH c Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, affaire C-280/00, Rec. 2003 p. I-7747.

71 Sur cette problématique voir MEROLA M./MEDINA C., «De l'arrêt Fer- ring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics», Cahiers de Droit Européen, 2003/5-6, p. 639-694.

72 Message LPO (n. 49), FF 1996 1230. Voir toutefois la modification du 13 décembre 2002 de la LPO, RO 2003 784, modifiant l'art. 15 al. 2 LPO, lequel octroie une aide de 80 millions pour subventionner la distribution des journaux et périodiques en abonnement.

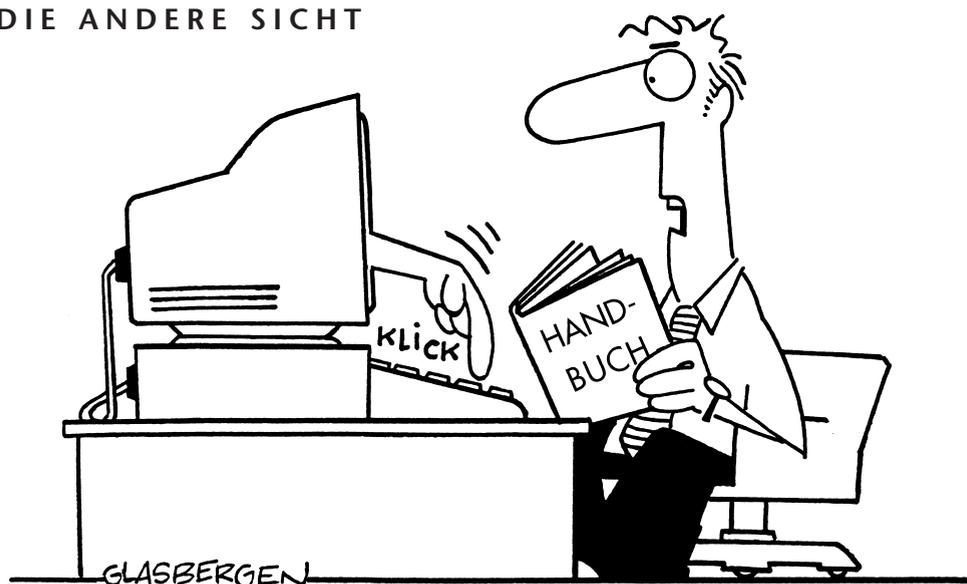
concepts totalement différents car traitant de réalités différentes, ainsi que nous l'avons vu au travers de l'exemple des télécommunications. Cela dit, il convient de souligner que, du point de vue du droit de la concurrence, le maintien du service universel par l'octroi de droits exclusifs à un seul opérateur n'est qu'une solution fautive de mieux, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas possible que ce service soit fourni par plusieurs opérateurs pouvant, le cas échéant, bénéficier de compensations du coût net.

Parmi les divers systèmes de financement qui permettent d'assurer cette compensation tout en demeurant neutres du point de vue de la concurrence, nous n'avons retenu que le financement par le budget de l'Etat et celui à travers des fonds spéciaux. Ces systèmes se doivent de respecter l'égalité entre concurrents: tous les acteurs économiques ont vocation à pouvoir bénéficier de ces modes de soutien financier. Selon le premier système, les pouvoirs publics doivent financer les opérateurs efficaces présents dans le secteur, d'une manière non-discriminatoire. Le second système se doit de respecter les mêmes exigences de non-discrimination.

En Suisse, le système de financement par un fonds spécial prévaut à la fois pour le secteur des télécommunications et celui de la poste. Or, si ce financement traite de manière non-discriminatoire les divers opérateurs présents ou potentiels dans le secteur des télécommunications, il s'avère discriminatoire dans le secteur de la poste. En effet, dans le domaine non réservé, le financement par des redevances perçues sur le marché ne profite qu'au seul opérateur historique. Cela ne peut être justifié au seul motif que la Poste suisse est débitrice d'une obligation légale, qui est de fournir un service universel.

En conséquence, on ne saurait assez souligner l'importance et les avantages d'une réglementation demeurant neutre du point de vue de la concurrence. Car c'est la libre concurrence qui permet de garantir à tous la meilleure offre au meilleur prix, y compris pour le service universel dont la vocation est d'assurer la cohésion nationale. C'est pourquoi, il convient de ne pas faire de ce service universel un bastion d'archaïsmes faussant les règles de la concurrence. ■

L'AUTRE REGARD
DIE ANDERE SICHT



„Sie gestatten?“

Die Rechtsnatur der Radio- und Fernsehempfangsgebühr

Martin Dumermuth

Dr. iur., Vizedirektor des Bundesamtes für Kommunikation, Biel*

I. Einleitung

Die Gebühren für den Radio- und Fernsehempfang sind ein wesentliches Finanzierungsmittel für das schweizerische Rundfunksystem. Das ergibt sich schon aus der Tatsache, dass der jährliche Gebührenertrag höher ausfällt als die Summe der Gelder, die pro Jahr insgesamt für die Radio- und Fernsehwerbung ausgegeben werden. In der Praxis dienen die Gebühren primär der Finanzierung der SRG, welche ihren Aufwand zu fast 75 Prozent aus Empfangsgebühren bestreitet. Ein kleiner Teil des Ertrages geht ferner an lokale Veranstalter aus Regionen mit ungenügendem Finanzierungspotential. Schliesslich werden auch der Aufwand für das Gebühreninkasso sowie die beim BAKOM anfallenden Kosten für das Frequenzmanagement und die Sendernetzplanung aus Gebühren gedeckt.¹

Die folgende Untersuchung thematisiert die Frage nach der Rechtsnatur der Empfangsgebühr. Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird gezeigt,

dass die traditionelle Qualifikation der Gebühr als Regalabgabe zu Schwierigkeiten führt. In einem nächsten Schritt soll deshalb nach Alternativen gesucht werden. Dabei fokussiert sich der Blick zunächst auf die Kausalabgaben. Schliesslich wird geprüft, ob es sich bei der Empfangsgebühr allenfalls um eine Zwecksteuer handelt und ob der Bund zur Erhebung einer solchen Steuer aus verfassungsrechtlicher Sicht überhaupt kompetent wäre.

II. Ausgangspunkt: Empfangsgebühr als Regalabgabe

1. Die Praxis des Bundesgerichts

Das Bundesgericht betrachtet die Empfangsgebühr in konstanter Rechtsprechung als Regalgebühr, die sich auf das Fernmeldereguliert.² Die entsprechenden Abgaben seien demnach nicht für den Empfang bestimmter Programme geschuldet, sondern für das Recht, eine an sich monopolisierte, d.h. dem Bund vorbehaltene Tätigkeit, auszuüben. Die Abgabepflicht knüpfe deshalb an die Inbetriebnahme eines Empfangsgeräts und die damit verbundene Beanspruchung des entsprechenden technischen Regals des Bundes an.³ Eine Gebühr schuldet somit auch, wer Radio- und Fernsehprogramme nur ab Kabelnetz empfängt⁴ oder ausschliesslich ausländische Angebote nutzt. Das Gericht sieht im Grundsatz, wonach die Gebühr nicht einem Veranstalter für bestimmte Programme, sondern dem Bund selbst geschuldet wird, ein Indiz, dass es sich bei der Empfangsgebühr nicht um eine Kausalabgabe handle. Diese Sicht - so das Gericht - werde ferner dadurch gestützt, dass auch einzelne lokale Veranstalter in den Genuss von Gebührengeldern kämen, deren Programme nur für einen kleinen Teil der Gebührenzahler bestimmt seien.⁵

Résumé: *Le Tribunal fédéral qualifie la redevance de réception de taxe de régie, à savoir de prix à payer pour le droit de recevoir des programmes. Pourtant, la réception de programmes de radiodiffusion ne peut aujourd'hui plus guère être considérée comme une activité donnant lieu à une régie des télécommunications. La redevance de réception s'apparente à un émolument d'utilisation, mais comporte également des éléments propres à une contribution (charge de préférence). Il serait pensable de qualifier la taxe d'impôt d'affectation. En raison de ses particularités, il est proposé de considérer la taxe comme une redevance spécifique pour la radiodiffusion, c'est-à-dire comme taxe sui generis. La question de savoir si l'on a affaire à une taxe causale ou à un impôt se trouve reléguée au second plan. L'article constitutionnel sur la radio et la télévision énonce une compétence implicite en matière de financement pour le service public, qui ne se limite pas aux taxes causales.*

* Der Autor vertritt seine persönliche Meinung, welche nicht zwingend mit der Haltung des Bundesamtes für Kommunikation übereinstimmen muss.

1 Im Jahre 2002 standen einem Gebührenertrag von ca. 1,1 Milliarden Franken Nettowerbe- und -sponsoringerträge von insgesamt knapp 700 Millionen gegenüber. Zur Gebührenverteilung siehe F. ZELLER, Öffentliches Medienrecht, Bern 2004, S. 273.

2 BGE 109 Ib 308 ff., 121 II 183 ff.; BGE vom 19. Juni 1995 (2A.10/1995) in *medialex* 1995, S. 107 ff., BGE vom 12. Januar 1996 (2A.322/1995).

3 BGE 121 II 185, 109 Ib 314, BGE vom 19. Juni 1995 (2A.10/1995) in *medialex* 1995, S. 108 f.; siehe auch G. MÜLLER, Gebühren für den Radio- und Fernsehempfang, recht 1985, S. 130 ff.

4 BGE vom 12. Januar 1996 (2A.322/1995).

5 BGE 121 II 187.

Zusammenfassung: Das Bundesgericht qualifiziert die Empfangsgebühr als Regalabgabe, d.h. als Entgelt für das Recht, Programme empfangen zu können. Bei genauerer Betrachtung wird diese Konzeption problematisch, da der Empfang von Rundfunkprogrammen heute kaum mehr als eine Tätigkeit betrachtet werden kann, die unter das Fernmelderegal fällt. Die Empfangsgebühr hat eine gewisse Nähe zu einer Benutzungsgebühr, weist aber auch Elemente eines Beitrags (Vorzugslast) auf. In Frage kommt ferner, die Abgabe als Zwecksteuer zu qualifizieren. Wegen der vielen Besonderheiten der Empfangsgebühr wird vorgeschlagen, die Abgabe als eigentliche Rundfunkgebühr, d.h. als Abgabe sui generis zu betrachten. Die Frage, ob es sich dabei um eine Kausalabgabe oder um eine Steuer handelt, tritt in den Hintergrund. Der Radio- und Fernsehartikel in der Verfassung enthält eine implizite Finanzierungskompetenz für den Service public, die sich nicht auf Kausalabgaben beschränkt.

2. Das Fernmelderegal

Die Konstruktion des Bundesgerichts basiert auf der Annahme, dass das Empfangen von Radio- und Fernsehprogrammen in ein Bundesregal fällt, d.h. eine grundsätzlich durch den Bund monopolisierte Tätigkeit darstellt. Von einem staatlichen Monopol⁶ spricht man, wenn der Staat das Recht hat, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit unter Ausschluss aller andern Personen auszuüben oder durch Dritte ausüben zu lassen.⁷

Ein Bundesmonopol kann sich entweder direkt aus der Verfassung ergeben⁸, oder es kann Folge der Gesetzgebung sein, die sich auf eine entsprechende Verfassungskompetenz des Bundes stützt. Errichtet der Bund auf dem Wege der Gesetzgebung ein Monopol, legt das Gesetz dessen Umfang fest.⁹ Das entsprechende Gesetz muss die Voraussetzungen für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und allenfalls andere Grundrechte erfüllen, d.h. die Regelung muss durch ein öffentliches Interesse gedeckt und verhältnismässig sein¹⁰. Liegt eine Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit vor, muss diese ferner durch die Verfassung vorgesehen sein.¹¹ Zur Diskussion steht hier das sogenannte Fernmelderegal, das sich auf die Zuständigkeit des Bundes für das Fernmeldewesen nach Art. 36 der alten Bundesverfassung von 1874 (aBV) und nunmehr auf Art. 92 BV stützt. Diese Bundeskompetenz enthält implizit eine Ermächtigung zur Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit.¹² In diesem Zuständigkeitsbereich kann der Gesetzgeber grundsätzlich ein Monopol errichten, dieses einem Staatsunternehmen übertragen, ein Konzessionssystem vorsehen, die Bewilligungspflicht anordnen, sich mit dem Erlass von Verhaltensnormen begnügen oder ein Mischsystem wählen.¹³ Ob sich ein Regelungsgegenstand sachlich im Zuständigkeitsbereich des Bundes für das Fernmeldewesen befindet und ob er zugleich in das eigentliche Fernmelderegal fällt, sind also zwei unterschiedliche Fragestellungen, die getrennt beantwortet werden müssen.¹⁴

3. Anwendbarkeit von Art. 92 BV auf den Rundfunk

Seit jeher fällt nach überwiegender Auffassung jedenfalls die technische Seite des

Rundfunks unter Art. 36 aBV bzw. Art. 92 BV.¹⁵ Der Geltungsbereich von Art. 36 aBV wurde, obwohl dort nur vom Telegrafwesen die Rede war, nach und nach auch auf das Telefon, das Radio und schliesslich das Fernsehen ausgedehnt.¹⁶ Art. 92 BV spricht nun vom Fernmeldewesen schlechthin und macht deutlich, dass auch neue fernmeldetechnische Mittel und Verfahren erfasst werden. Nachdem im Jahre 1984 in Form von Art. 55^{bis} aBV¹⁷ ein Radio- und Fernsehartikel in die Verfassung

6 Hier werden die Begriffe Monopol und Regal synonym verwendet (F. GYGI/P. RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht. 2. Aufl., Bern 1997, S. 71).

7 U. HÄFELIN/G. MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 2257; K. SUTTER-SOMM, Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht, Basel 1989, S. 10.

8 So beispielsweise in Art. 99 Abs. 1 BV (Münzregal) oder in Art. 106 Abs. 2 BV (Spielbanken).

9 D. KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Bern 2004, S. 37 f. 10 Art. 36 BV.

11 Art. 94 Abs. 4 BV; G. BIAGGINI, Von der Handels- und Gewerbefreiheit zur Wirtschaftsfreiheit, ZBl 2001, S. 236 ff.

12 W. BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931, S. 308; R. RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, Rz. 2908.

13 M. LENDI, Art. 36, in J. F. Aubert/K. Eichenberger/J. P. Müller/R. A. Rhinow/D. Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel 1987, Rz. 17; H. BURKERT, Kommentar zu Art. 93 BV, in B. Ehrenzeller/Ph. Mastronardi/R. J. Schweizer/K. A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Lachen 2002, Rz. 5. «Im übrigen ist es Sache des Gesetzgebers, Monopol- und Wettbewerbsbereich näher zu konkretisieren.» (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 271).

14 BURCKHARDT (Fn. 12), S. 308; siehe auch J. BUSER, Radiorecht auf Grund der schweizerischen Gesetzgebung, Basel 1932, S. 38.

15 BUSER (Fn. 14), S. 37 ff.; O. BIRCH, Grundlagen des Rechts der schweizerischen Radiosendestationen, Lachen 1944, S. 17 ff.; H. HUBER, Gutachten über Radio und Fernsehen zuhanden des EVED vom 4. September 1967, S. 10 ff.; J. P. MÜLLER, Landesbericht Schweiz, in M. Bullinger/F. Kübler (Hrsg.), Rundfunkorganisation und Kommunikationsfreiheit, Baden-Baden 1979, S. 231 f.; F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, Nachdruck 1976, S. 335, Fn. 5, S. 365, Fn. 8; BURCKHARDT (Fn. 12), S. 312.

16 Zur Geschichte siehe BURCKHARDT (Fn. 12), S. 306 ff.; L. CASPAR, Konzessionen und Erlaubnisse im schweizerischen Telegraphen- und Funkrecht, Aarau 1933, S. 26 ff.; siehe auch BGE 105 Ib 394.

17 Heute Art. 93 BV.

aufgenommen worden war, ist die Frage aufgetaucht, inwiefern sich die Regelung der technischen Seite des Rundfunks weiterhin auf die Fernmeldezuständigkeit stütze¹⁸, bzw. ob die neue Verfassungsbestimmung nicht den gesamten Bereich von Radio und Fernsehen unter Einschluss der Technik erfasse¹⁹. Während die Materialien zu Art. 55^{bis} der alten BV nahe legen, Art. 36 aBV weiterhin auf den Rundfunk anzuwenden²⁰, geht die bundesrätliche Botschaft zu Art. 92 BV den umgekehrten Weg. Sie ordnet auch die technischen Aspekte von Radio und Fernsehen Art. 93 BV, d.h. dem Radio- und Fernsehartikel in der neuen Bundesverfassung, zu.²¹ Für diese Sicht spricht namentlich das Argument, die Technik verhalte sich zur eigentlichen Medienpolitik nicht neutral, sondern spiele eine entscheidende Rolle bei der Verwirklichung der Verfassungsziele von Art. 93 BV.

Die Regulierung des Telekommunikations- und Rundfunkbereichs entwickelt sich allerdings in eine andere Richtung. Die Digitalisierung führt dazu, dass auf den gleichen technischen Infrastrukturen sowohl Radio- und Fernsehprogramme als auch Dienste transportiert werden können, die nicht dem Rundfunkbegriff entsprechen²² und somit dem Fernmelderecht unterliegen. Bei dieser Konstellation ist es naheliegend, den gesamten Bereich der fernmelde-technischen Übertragung unter Einschluss der Verbreitung von Programmen im Fernmelderecht zusammenzufassen und einer einheitlichen Regelung zuzuführen. Eine solche Lösung wählt der Entwurf für das neue Radio- und Fernsehgesetz²³, der ein zweistufiges Regelungsmuster vorschlägt: Im Verbreitungsbereich soll auch für Rundfunkprogramme künftig auf das Fernmelderecht als Infrastrukturrecht zurückgegriffen werden (horizontale Regulierung). Auf der Ebene der kommunizierten Inhalte bleibt dagegen die unterschiedliche Regelung für den Rundfunk einerseits und die Telekommunikation andererseits bestehen (vertikale Regulierung).²⁴ Die Schweiz folgt damit dem Muster, welches auch dem neuen Rechtsrahmen der EU im Telekommunikationsbereich zugrundeliegt.²⁵ Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, den horizontalen Regulierungsansatz auch auf Verfassungsebene zur Anwendung zu bringen und den Fernmeldeartikel als Basis für

die technische Seite des Rundfunks zu bewahren.²⁶ Dies bedeutet allerdings nicht, dass künftig die Verbreitung ausschliesslich nach technischen oder wirtschaftlichen Kriterien zu ordnen wäre. Bei der Regelung der Verbreitung ist sicherzustellen, dass die rundfunkspezifischen Verfassungsziele nach Art. 93 BV realisiert werden können. In diesem Sinne ist die Aussage zu verstehen, wonach der Telekommunikation für den Bereich des Rundfunks «dienende Funktion» zukomme²⁷.

4. Schwierigkeiten bei der Einstufung als Regalabgabe

Unterliegt der technische Bereich von Radio- und Fernsehen der fernmelderechtlichen Zuständigkeit des Bundes, ist es auch vertretbar, den Empfang von Programmen bzw. den Betrieb eines Empfangsgeräts diesem Bereich zuzuschlagen. Eine andere Frage ist allerdings, ob diese Tätigkeiten auch durch das Regal selbst erfasst werden, und

- 18 Sogenannte Trennungstheorie. Siehe A. BAUMANN, Die rechtlichen Grundlagen des Programmienstes im schweizerischen Rund- und Fernsehwesen unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Radiofreiheit, Rapperswil 1956, S. 61
- 19 So L. SCHÜRMAN/P. NOBEL, Medienrecht, 2. Auflage, Bern 1993, S. 77; K.-J. SCHNEIDER-MARFELS, Die Rundfunkgebühr in der Schweiz, München 2004, S. 56 ff.; P. R. FISCHER/O. SIDLER, Fernmelderecht, in R. H. Weber (Hrsg.), Informations- und Kommunikationsrecht, 2. Aufl., Teil 1, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band V, Basel 2003, S. 61 ff., Rz. 2; M. DUMERMUTH, Rundfunkrecht, in R. H. Weber (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Informations- und Kommunikationsrecht, Basel 1996, Rz. 9 ff.
- 20 Bundesrat Schlumpf in AmtlBull NR 1983, S. 1351: «Der Artikel 55^{bis} ersetzt nicht etwa den Artikel 36 Absatz 2 in bezug auf Radio und Fernsehen; er kommt zu dieser Regalnorm hinzu.» Dieser Ansicht folgt auch die herrschende Lehre: J. P. MÜLLER/F. B. GROB, Art. 55^{bis}, in J. F. Aubert/K. Eichenberger/J. P. Müller/R. A. Rhinow/D. Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel 1987, Überarbeitung 1995, Rz. 16
- 21 «Die fernmelde-technischen Aspekte von Radio und Fernsehen fallen nun nicht mehr unter das Fernmeldewesen, sondern gelten als notwendiges Element dieser Medien selbst. Deshalb stützt sich auch die Regelung der Übertragungstechnik bei Radio und Fernsehen auf Artikel 55^{bis} BV; diese Bestimmung erfasst die elektronische Massenkommunikation als einheitliches Phänomen mit ihren technischen und programmlichen Aspekten» (Botschaft neue BV [Fn 13], S. 271).
- 22 Zur sogenannten Konvergenz siehe M. DUMERMUTH, Die technische Konvergenz der Medien aus regulatorischer Sicht, Medienwissenschaft Schweiz 2/2000, S. 43 ff.
- 23 Der Ingress des Gesetzesentwurfs erwähnt auch Art. 92 BV als Verfassungsgrundlage (Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 1779).
- 24 Botschaft Totalrevision (Fn. 23), S. 1631.
- 25 R. SCHÜTZ/TH. ATTENDORN, Das neue Kommunikationsrecht der Europäischen Union – Was muss Deutschland ändern?, Beilage zu Multimedia und Recht 4/2002; K.-H. LADEUR, Europäisches Telekommunikationsrecht im Jahre 2001, Kommunikation & Recht 2002, S. 110 ff.
- 26 Anders noch in DUMERMUTH, Rundfunkrecht (Fn. 19), Rz. 10.
- 27 BVerfGE 12, 205, 227.

ob für die Überlassung der Regalrechte eine Gebühr erhoben werden darf. Entscheidend dafür ist letztlich die Gesetzgebung, die grundrechtskonform ausgestaltet sein muss.

Vor Inkrafttreten des RTVG²⁸ war für den Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen eine Konzession erforderlich, auf deren Erteilung allerdings ein Anspruch bestand.²⁹ Daran anknüpfend qualifizierte das Bundesgericht den Betrieb von Empfangsgeräten als Gegenstand des Fernmelderegals³⁰ bzw. die Empfangsgebühr als Regalabgabe³¹. Schon unter diesem Regime wurde allerdings teilweise bestritten, dass es sich bei der Einräumung des Rechts zum Programmempfang um eine Konzession handle, da eine solche nur vorliegen könne, wenn der verfügenden Behörde freies Ermessen zustehe.³² Hans Huber hielt im Jahre 1967 fest, der Empfang sei nicht eine dem Bund vorbehaltene Tätigkeit und die Bewilligung stelle «keine Monopolkonzession dar, sondern, jedenfalls in ihrem Kern, eine Bewilligung für die Benützung des Programmdienstes»³³.

Das RTVG löste im Jahre 1992 die Konzessionsordnung durch ein Bewilligungsregime ab, das der Durchsetzung der Ge-

bührenpflicht dienen sollte.³⁴ Der Ersatz der Konzession durch eine Bewilligung spricht dafür, dass das Gesetz den Empfang von Radio und Fernsehen nicht mehr als Tätigkeit behandeln wollte, die durch das Fernmelderegale erfasst wird.³⁵ Die Botschaft spricht denn auch nicht von einer Regalgebühr, sondern hält fest, die Gebühr sei «neu als eigentliche Rundfunkgebühr» konzipiert.³⁶

Das Bundesgericht hat auch nach dem Inkrafttreten des RTVG die Empfangsgebühr als Regalgebühr bezeichnet. Daran hätten weder der Radio- und Fernsehartikel in der Verfassung noch das neue Radio- und Fernsehgesetz etwas geändert.³⁷ Während das Gericht im Jahre 1983 noch untersucht hatte, ob der Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen nach der einschlägigen Gesetzgebung in den Regalbereich falle³⁸, verzichtete es im Entscheid aus dem Jahre 1995 auf eine Prüfung, inwiefern das auch nach dem neuen Recht der Fall sei. Es begnügte sich mit allgemeinen Hinweisen auf Art. 36 aBV und die (altrechtliche) Rechtsprechung. Letztlich konstruierte es einen (problematischen) Automatismus in dem Sinne, dass alles eine Regaltätigkeit darstelle, was in die sachliche Bundeszuständigkeit nach Art. 36 aBV falle.

In der Teilrevision des RTVG von 1997 wurde die Ordnung der Empfangsgebühren erneut modifiziert und in die Form gebracht, die noch heute Gültigkeit hat. Aus grundrechtlichen Erwägungen³⁹ wurde die Bewilligung abgeschafft und durch eine blosser Meldepflicht ersetzt.⁴⁰ Der Bundesrat betrachtete es im Lichte von Art. 10 EMRK (Meinungsfreiheit) als problematisch, den Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen für bewilligungspflichtig zu erklären. Im weiteren habe auf die Bewilligung stets ein Anspruch bestanden, so dass es sich bei der Bewilligungspflicht faktisch um eine versteckte Meldepflicht gehandelt habe.⁴¹ Schliesslich gehe es darum, die Bedeutung der Empfangsfreiheit zu unterstreichen, ohne die Praktikabilität des Gebühreninkassos zu schmälern.

Die bundesrätliche Argumentation manifestiert das Bestreben, die Empfangsfreiheit nur soweit einzuschränken, wie es zur Sicherung der Gebührenfinanzierung nötig ist. Vor diesem Hintergrund lässt sich die

28 Massgebend war das Bundesgesetz betreffend den Telegraf- und Telefonverkehr (Telegraf- und Telefonverkehrsgesetz; TVG) vom 14. Oktober 1922, dessen Art. 1 wie folgt lautet: «Die Post-, Telefon- und Telegrafbetriebe haben das ausschliessliche Recht, Send- und Empfangseinrichtungen sowie Anlagen jeder Art, die der elektrischen oder radioelektrischen Zeichen-, Bild- oder Lautübertragung dienen, zu erstellen und zu betreiben.» Art. 3 TVG sah ferner vor, dass zur Erstellung und zum Betrieb solcher Einrichtungen Konzessionen erteilt werden konnten.

29 T. POLEDNA, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, S. 14.

30 BGE 105 Ib 389 ff.

31 BGE 109 Ib 314; kritisch zu diesem Entscheid unter dem Gesichtswinkel der gesetzlichen Grundlage P. RICHLI, Die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1983, ZBJV 1985, S. 424 ff.; MÜLLER, Gebühren (Fn. 3), S. 130 ff.

32 B. KNAPP, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, Basel 1992, Rz. 1402 f.; siehe auch SUTTER-SOMM (Fn. 7), S. 18.

33 HUBER (Fn. 15), S. 13.

34 Botschaft RTVG, BBl 1987 III 748.

35 In der Lehre wird aber teilweise geltend gemacht, Regalrechte könnten auch durch eine blosser Bewilligung gewährt werden (R. RHINOW/G. SCHMID/G. BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998, S. 327; Sutter-Somm [Fn. 7], S. 18).

36 Botschaft RTVG, BBl 1987 III 748; SCHÜRMAN/NOBEL (Fn. 19), S. 175, behaupten dagegen nach wie vor: «Die ‚Bewilligung‘ ist eine im Bundesregale nach Art. 36 BV begründete Konzession.»

37 BGE 121 II 185.

38 BGE 109 Ia 310 f.

39 Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1462 f.

40 Art. 55 Abs. 1 RTVG.

41 So POLEDNA (Fn. 29), S. 168, Fn. 1190.

Ansicht kaum länger aufrechterhalten, der Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen sei eine monopolisierte Tätigkeit, zu der Dritten mittels Konzessionen Zugang eingeräumt werde.

Der Entwurf für ein neues RTVG folgt der geltenden Lösung und sieht eine Meldepflicht vor.⁴² Die Botschaft bezeichnet die Empfangsgebühr unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und ohne weitere Begründung als Regalgebühr.⁴³ Gegen diese Einordnung gelten die gleichen Vorbehalte, wie sie oben gegenüber der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorgebracht worden sind.

Zusammenfassend ergibt sich, dass heute der Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen zwar in die fernmelderechtliche Bundeszuständigkeit, aber kaum mehr in den gesetzlich umschriebenen Regalbereich fällt. Die gesetzliche Grundlage für ein Regal wird somit prekär und auch ein öffentliches Interesse ist nur schwer erkennbar⁴⁴, für dessen Realisierung ein Empfangsregal verhältnismässig wäre. Wenig hilfreich ist auch die Argumentation, nur bei einer Regalabgabe könne die Gebührenpflicht am Betrieb eines Empfangsgeräts anknüpfen bzw. müssten die Gebühren selbst dann bezahlt werden, wenn keine schweizerischen Programme konsumiert werden. Ein solches fiskalisches Interesse wäre im Lichte von Art. 10 Abs. 2 EMRK⁴⁵ kaum hinreichend für die Begründung eines Regals mit Konzessionierung des Empfangs. Daraus kann allerdings nicht abgeleitet werden, die Erhebung von Empfangsgebühren sei schlechthin konventionswidrig.⁴⁶ Dennoch wird die Qualifikation der Empfangsgebühr als Regalabgabe fragwürdig.

III. Andere Kausalabgabe?

1. Vorbemerkung

Die Qualifikation der Empfangsgebühr als Regalabgabe ist mit rechtlichen Schwierigkeiten verbunden, die kaum lösbar sind. Dies führt zur Frage, ob allenfalls ein anderer Abgabentypus den Eigenheiten der Empfangsgebühr eher gerecht wird. Dabei beschränkt sich die Diskussion zunächst auf den Bereich der Kausalabgaben, d.h. auf Abgaben, die ein Entgelt für bestimmte

staatliche Gegenleistungen oder besondere Vorteile⁴⁷ darstellen. Diese Einschränkung hängt damit zusammen, dass der Bund kraft Sachzusammenhang Kausalabgaben, namentlich Benutzungsgebühren und Vorzugslasten, erheben kann.⁴⁸

2. Empfangsgebühr als Benutzungsgebühr?

A. Gebühr als Gegenleistung für den Service public

Wirtschaftlich betrachtet hat die Empfangsgebühr einen engen Konnex zum Service public, d.h. zur Versorgung der Schweiz mit Radio- und Fernsehprogrammen im Sinne des Verfassungsauftrages. Der überwiegende Anteil des Gebührenertrages steht der SRG zur Veranstaltung ihrer Programme zur Verfügung, ein Teil geht an lokale Veranstalter (Gebührensplitting), die auch einen qualifizierten Leistungsauftrag zu erfüllen haben.⁴⁹

Angesichts dieses engen Zusammenhanges zwischen Empfangsgebühr und Service public stellt sich die Frage, ob die Abgabe letztlich nicht ein Entgelt für die erbrachten Programmleistungen darstellt. Schon früh ist in der Literatur die Konstruktion der Regalgebühr verworfen und durch Kon-

42 Art. 76 Abs. 1 und 2 E-RTVG.

43 Botschaft Totalrevision (Fn. 23), S. 1725.

44 BUSER (Fn. 14), S. 44, begründete im Jahre 1932 die Unterstellung des Empfangs unter das Regal mit dem Argument, jedes Empfangsgerät könne leicht in eine Sendestation umgewandelt werden, deshalb sei das Regal unentbehrlich zur Unterbindung eines rechtswidrigen Nachrichtenverkehrs und von Störungen.

45 Zum Schutz des Empfangs von Radio- und Fernsehprogrammen durch Art. 10 EMRK siehe M. E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999, S. 413.

46 Eine Konventionswidrigkeit liegt jedenfalls solange nicht vor, als die Höhe der Abgabe nicht prohibitiv ist. Eine entsprechende Beschwerde wurde in Strassburg wegen offensichtlicher Unbegründetheit nicht zugelassen (Entscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 12. April 1996 i.S. Kretzschmar vs. BRD). Vgl. auch das Bundesgericht in BGE 121 II 186 und explizit mit Bezug auf die EMRK BGE vom 12. Januar 1996 (2A.322/1995) E. 3b; ferner J. P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 293; Für die BRD: «Eine Garantie kostenloser Information enthält Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG jedoch nicht.» (BVerfGE vom 6. September 1999, 1 BvR 1013/99, Rz. 11).

47 HÄFELIN/MÜLLER (Fn. 7), Rz. 2625.

48 P. BÖCKLI, Innovation und Mimikry im Abgaberecht, Archiv für Schweizerisches Abgaberecht 1989, S. 186; P. SALADIN, Art. 3, in J. F. Aubert/K. Eichenberger/J. P. Müller/R. A. Rhinow/D. Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel 1987, Rz. 131.

49 Art. 17 RTVG. Auch der Entwurf für ein neues RTVG reserviert den Hauptanteil des Gebührenertrages für die SRG (Botschaft Totalrevision [Fn. 23], S. 1593).

zepte ersetzt worden, welche die Abgabe in Beziehung zu den Programmangeboten namentlich der SRG setzen. So ist etwa Lorenz Caspar schon im Jahre 1933 zum Schluss gekommen: «Die Radiokonzessions-Gebühr ist demnach Entgelt für die Anstaltsnutzung».⁵⁰ Auch Hans Huber hat in einem Gutachten aus dem Jahre 1967 die Ansicht vertreten, die Gebühr sei keine Konzessionsabgabe, sondern ein Entgelt für die Benutzung des Sendedienstes.⁵¹ Ins Gewicht fällt schliesslich, dass der Bundesrat in der Botschaft zum Verfassungsartikel für Radio und Fernsehen von 1981 die Empfangsgebühr ähnlich charakterisiert hat: «Mit der regelmässigen Gebührenerhebung wird die Informationsleistung des Veranstalters durch die finanzielle Gegenleistung des Empfängers abgegolten.»⁵²

Von Benutzungsgebühren wird gesprochen, wenn es sich bei einer Abgabe um ein Entgelt für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung oder einer öffentlichen Sache handelt, und das Benutzungsverhältnis dem öffentlichen Recht untersteht.⁵³ Benutzungsgebühren unterliegen dann dem Kostendeckungsprinzip, wenn die Abgabe in einem engen Zusammenhang mit den Erstellungs- und Betriebskosten einer öffentlichen Einrichtung steht.⁵⁴ Dabei soll der gesamte Gebührenertrag den Gesamtaufwand für den betreffenden Verwaltungszweig nicht oder nur geringfügig überschreiten.⁵⁵ Gültigkeit hat ferner das sogenannte Äquivalenzprinzip, wonach die Abgabe nicht in einem offensichtlichen

Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss.⁵⁶

Berücksichtigt man nun die bundesgerichtliche Argumentation sowie die gesetzliche Ausgestaltung der Empfangsgebühr, steht die Abgabe in vielen Punkten einer Benutzungsgebühr näher als einer Regalabgabe.

B. Die Ausgestaltung der Gebühr im RTVG und die Argumentation des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hält in konstanter Rechtsprechung fest, dass das Kostendeckungsprinzip für Regalgebühren nicht zur Anwendung komme, da grundsätzlich die Einräumung eines Regalrechts der Verwaltung - abgesehen vom administrativen Aufwand für die Erteilung der Konzession - keine Kosten verursache.⁵⁷ Dem Grundsatz der Gesamtkostendeckung folgt dagegen das Gesetz. Art. 55 Abs. 2 RTVG verpflichtet den Bundesrat, bei der Festsetzung der Gebührenhöhe den Finanzbedarf der SRG und der regionalen und lokalen Veranstalter sowie den Aufwand für die Frequenzverwaltung bzw. -überwachung und für die Erhebung der Empfangsgebühr zu berücksichtigen.⁵⁸

Auch auf Regalabgaben anwendbar ist dagegen das Äquivalenzprinzip.⁵⁹ Nach der bundesgerichtlichen Argumentation darf die Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Wert des Rechts stehen, zur «Information, Unterhaltung oder Weiterbildung in- und ausländische Fernseh- oder Radioprogramme zu empfangen».⁶⁰ Verfügt ein Gebührenpflichtiger nur über drahtlos terrestrischen Fernsehempfang und kann er ausschliesslich SRG-Programme konsumieren, sieht das Gericht als Bezugspunkt für die Äquivalenz den Wert des Empfangs dieser SRG-Angebote.⁶¹ Da die Gebührenhöhe nicht nach den konkreten Empfangsmöglichkeiten abgestuft ist, muss nach dieser Argumentation letztlich die Empfangsgebühr generell dem - allerdings schwer definierbaren⁶² - Wert der Programme der SRG äquivalent sein. Selbst wenn also aus der Sicht des Bundesgerichts kein synallagmatisches Austauschverhältnis zwischen den Gebührenpflichtigen und einzelnen Veranstaltern vorliegt⁶³, muss zumindest wertmässig ein enger Bezug zwi-

50 CASPAR (Fn. 16), S. 141.

51 HUBER (Fn. 15), S. 19. HUBER erachtet es nicht als nötig, die Gebührenfrage auf Verfassungsstufe zu regeln (S. 93).

52 Botschaft über den Radio- und Fernsehartikel, BBl 1981 II 937.

53 HÄFELIN/MÜLLER (Fn. 7), Rz. 2630; siehe auch K. A. VALLENDER, Grundzüge des Kausalabgabenrechts, Bern 1976, S. 53; F. GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 271.

54 BGE 121 I 236, 126 I 188; A. HUNGERBÜHLER, Grundsätze des Kausalabgabenrechts, ZBl 2003, S. 521.

55 BGE 126 I 188; Prinzip der Gesamtkostendeckung (HUNGERBÜHLER [Fn. 54], S. 520).

56 BGE 121 I 138; HUNGERBÜHLER (Fn. 54), S. 522.

57 BGE 109 Ib 314, 121 II 187 f.; MÜLLER, Gebühren (Fn. 3), S. 134.

58 Der mit Abstand grösste Kostenfaktor ist dabei der Bedarf der SRG. Siehe auch P. RICHLI, Zulässigkeit einheitlicher Fernsehgebühren trotz mangelhaftem Empfang gewisser Sender bzw. Verzicht auf das SRG-Programm, AJP 1995, S. 1497.

59 A. AUER, Sonderabgaben, Bern 1980, S. 49.

60 BGE 121 II 188.

61 BGE vom 19. Juni 1995 (2a.10/1995), *medialex* 1995, S. 109. Dabei ist es aus der Sicht des Bundesgerichts nicht nötig, dass alle SRG-Programme empfangen werden können.

62 RICHLI (Fn. 58), S. 1497.

63 BGE 121 II 187.

schen den SRG-Programmen und der Gebührenhöhe bestehen.

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Empfangsgebühr nach dem RTVG und auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sowohl hinsichtlich der Kostendeckung als auch unter dem Gesichtswinkel der Äquivalenz einen engen Bezug zu den Programmen der SRG aufweist.

C. Das Kriterium der tatsächlichen Benutzung

Benutzungsgebühren dürfen nur nach Massgabe einer tatsächlichen Benutzung erhoben werden.⁶⁴ Hier stellt sich sogleich die Frage, ob es für eine Benutzungsgebühr ausreicht, wenn an der abstrakten Möglichkeit, den Service public zu empfangen, anknüpft und der effektive Konsum nicht berücksichtigt wird.

Hinweise bietet die Rechtsprechung des Bundesgerichts⁶⁵ zu den Gebühren für die Nutzung von drahtlos terrestrischen Weiterverbreitungsnetzen⁶⁶. Zunächst hält das Bundesgericht fest, bei den fraglichen Abgaben handle es sich um Benutzungsgebühren.⁶⁷ Das Gericht schützt ferner eine kantonale Gebührenpflicht, die beim Betrieb eines Fernsehgeräts entsteht, das technisch die über das entsprechende Weiterverbreitungsnetz zugeführten Programme empfangen kann. Ob die Programme effektiv genutzt werden, ist unerheblich.⁶⁸ Zu weit geht aber eine Regelung, die ohne Rücksicht auf die konkreten Empfangsmöglichkeiten am schlichten Betrieb eines Fernsehgeräts anknüpft⁶⁹ oder gar «tous les concessionnaires et utilisateurs potentiels de TV»⁷⁰ zur Gebührenzahlung verpflichtet. Notwendig für die Begründung einer tatsächlichen Nutzung ist somit zumindest eine «abstrakte Benutzungsmöglichkeit» in dem Sinne, dass die entsprechenden Programme tatsächlich empfangen werden können.⁷¹

Überträgt man diese Rechtsprechung auf die Empfangsgebühren, müsste ein Gebührenpflichtiger technisch in der Lage sein, zumindest einen Teil der SRG-Programme zu empfangen. Ob er diese Programme auch nutzt, bliebe unerheblich. Diese Voraussetzungen werden jedenfalls

dort erfüllt, wo Programme drahtlos terrestrisch oder ab Kabel empfangen werden, da alle Kabelnetze verpflichtet sind, die SRG-Programme zu übertragen⁷². Kaum mehr von einer tatsächlichen Nutzung der SRG-TV-Programme⁷³ könnte aber beispielsweise dann gesprochen werden, wenn jemand nicht am Kabel angeschlossen ist, bei seinem Gerät den drahtlos terrestrischen Empfang blockiert hat und mit seiner Satellitenanlage die verschlüsselten SRG-Programme nicht empfangen kann⁷⁴.

Diese Schlussfolgerungen sind mit Art. 55 Abs. 1 RTVG⁷⁵ nicht vereinbar. Die Bestimmung knüpft die Beziehung zwischen der Nutzung des Service public und der Gebührenpflicht nicht so eng, wie es die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Benutzungsgebühren fordert. Unter dem Gesichtswinkel der Benutzungsgebühr ist es deshalb fraglich, ob eine sogenannte Individualäquivalenz, d.h. ein hinreichend enger Zurechnungszusammenhang zwischen der staatlichen Leistung und dem Nutzen des Einzelnen, vorliegt.⁷⁶

64 HUNGERBÜHLER (Fn. 54), S. 525; VALLENDER, Grundzüge (Fn. 53), S. 54.

65 BGE vom 29. Juni 1995 (2P.448/1993); BGE vom 2. März 2000 (2P.355/1997, 2A.466/1997); BGE vom 17. April 2000 (2P.169/1999), publiziert in ZBl 2003, S. 537 ff. sowie in *medialex* 2000, S. 216 ff.

66 Es handelt sich um drahtlose Sendernetze, die vor allem in Berggebieten zu finden sind und – ähnlich wie Kabelnetze im Flachland – dem Publikum in erster Linie ausländische Fernsehprogramme zuführen. Nach Art. 43 Abs. 2 lit. b RTVG können die Kantone Versorgungsaufträge für solche Weiterverbreitungsnetze formulieren und Benutzungsgebühren festlegen.

67 Auch Art. 43 Abs. 2 lit. b RTVG spricht von «Benutzungsgebühren».

68 BGE vom 2. März 2000 (2P.355/1997, 2A.466/1997), E. 2c und d.

69 BGE vom 17. April 2000 (2P.169/1999), E. 3b und c; abgedruckt in *medialex* 2000, S. 217 f.

70 BGE vom 19. Juni 1995 (2P.448/1993), E. 4.

71 BGE vom 17. April 2000 (2P.169/1999), E. 3b; abgedruckt in *medialex* 2000, S. 217; siehe auch HUNGERBÜHLER (Fn. 54), S. 525, Fn. 130.

72 Art. 42 RTVG.

73 Im Radiobereich sind entsprechende Konstellationen weniger wahrscheinlich, da kaum Haushalte existieren, die nicht in irgendeiner Form über einen UKW-Empfänger verfügen (hinreichend ist ein Autoradio oder ein in einem Handy eingebautes Empfangsgerät).

74 Da die SRG ihre Programme über Satellit aus urheberrechtlichen Gründen verschlüsselt verbreitet, können diese Angebote nur mit Geräten empfangen werden, die auch über entsprechende Entschlüsselungseinrichtungen verfügen.

75 Ebensovienig sind sie vereinbar mit dem Text von Art. 76 Abs. 1 E-RTVG.

76 E. BLUMENSTEIN/P. LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 6. Aufl., Zürich 2002, S. 2; Bundesamt für Justiz, Die Aufsichtsabgaben im Bereich der Banken- und Privatversicherungsaufsicht und der Beitrag zur Unfallverhütung im Strassenverkehr, Gutachten vom 15. Juli 1999, VPB 64 (2000), Nr. 25, S. 340, 353 f.

3. Empfangsgebühr als Beitrag (Vorzugslast)?

Der Beitrag bzw. die Vorzugslast ist eine Abgabe, die als Ausgleich jenen Personen auferlegt wird, denen aus einer öffentlichen Einrichtung ein wirtschaftlicher⁷⁷ Sondervorteil erwächst.⁷⁸ Ein Beitrag kann auch periodisch erhoben werden, wie das bei der Empfangsgebühr der Fall ist.⁷⁹ Für seine Erhebung ist es im Gegensatz zur Benutzungsgebühr unerheblich, ob der Vorteil tatsächlich in Anspruch genommen, d.h. genutzt wird; der Entstehungsgrund der Abgabe liegt vielmehr in der blossen Möglichkeit, vom Vorteil Gebrauch zu machen.⁸⁰ Die Leistung des Gemeinwesens ist nicht individualisiert, sondern sie kann als «Allgemeinleistung»⁸¹ bezeichnet werden.⁸² Der Kreis der Gebührenpflichtigen könnte also weiter gezogen werden, als dies bei der Nutzungsgebühr möglich ist. Man könnte argumentieren, wenn bereits bei der technischen Möglichkeit, die SRG-Programme zu empfangen, von einer tatsächlichen Nutzung gesprochen werden könne, müsste für das Vorliegen eines Beitrags der blosser Betrieb eines Empfangsgeräts bereits genügen.

Problematisch wird die Qualifikation der Empfangsgebühr als Beitrag dann, wenn man die Frage nach der geforderten Besonderheit des Vorteils stellt. Dieser darf nur bestimmten Kategorien von Privatpersonen, nicht aber jedermann zukommen⁸³, mit andern Worten: Er muss über das hinausgehen, was das öffentliche Werk der Allgemeinheit bringt⁸⁴. Zwar lässt sich der Kreis derjenigen, die aus dem Service public im Rundfunkbereich Vorteile ziehen, eingrenzen; die Zahl der Begünstigten ist aber so hoch, dass nur mit Mühe von einem Sondervorteil gesprochen werden kann.

IV. Steuer?

1. Kostenanlastungssteuer

Die bisherige Prüfung hat gezeigt, dass die Empfangsgebühr sowohl Elemente einer Benutzungsgebühr wie auch eines Beitrags (Vorzugslast) enthält. In beiden Fällen bleiben aber Fragen offen, die eine eindeutige Zuordnung erschweren.

Sollte der Qualifikation als Kausalabgabe nicht gefolgt werden, bleibt nach der traditionellen Zweiteilung der öffentlichen Abgaben nur eine Steuer übrig.⁸⁵ In der Literatur wurde auch schon die Meinung geäußert, die Empfangsgebühr liege «in unmittelbarer Nachbarschaft einer Zwecksteuer»⁸⁶.

In Frage kommt allenfalls eine sogenannte Kostenanlastungssteuer. Darunter wird eine Abgabe verstanden, die der Finanzierung eines bestimmten Zwecks⁸⁷ dient. Sie wird bei einer Gruppe von Pflichtigen erhoben, die eine engere Beziehung zu diesem Zweck hat als die Allgemeinheit, ohne dass beim einzelnen Pflichtigen ein zurechenbarer Sondervorteil vorliegen muss, der die Erhebung eines Beitrags rechtfertigen würde.⁸⁸

2. Die Frage der Bundeskompetenz

A. Grundsatz: Ausdrückliche Kompetenz in der Verfassung

Das Bundesgericht behandelt Kostenanlastungssteuern wie andere steuerliche Abgaben und verlangt, dass sie den für Steuern formulierten verfassungsrechtlichen An-

77 Dass die (abstrakte) Möglichkeit, den Service public empfangen zu können, einen wirtschaftlichen Vorteil darstellt, anerkennt das Bundesgericht bei der Prüfung der Äquivalenz in seiner Rechtsprechung zur Empfangsgebühr (Abschnitt III2B).

78 HÄFELIN/MÜLLER (Fn. 7), Rz. 2647.

79 HUNGERBÜHLER (Fn. 54), S. 510.

80 P. TSCHANNEN/U. ZIMMERLI/R. KIENER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000, S. 373; HUNGERBÜHLER (Fn. 54), S. 510 f.; AUER (Fn. 59), S. 43.

81 A. RUCH, Die Bedeutung des Sondervorteils im Recht der Erschliessungsbeiträge, ZBl 1996, S. 538; AUER (Fn. 59), S. 44.

82 Diese Konstellation hat vor allem in der BRD verschiedene Autoren dazu veranlasst, die Empfangsgebühr abgaberechtlich als Beitrag oder beitragsähnliche Abgabe zu qualifizieren (C.-E. EBERLE, Die Rundfunkgebühr, Archiv für Presserecht 1995, S. 560; F. KIRCHHOF, Die Höhe der Gebühr, Berlin 1981, S. 36; für die Schweiz SCHNEIDER-MARFELS [Fn. 19], S. 101; zur Finanzierung des öffentlichen Rundfunks über Beiträge siehe S. OSPEL, Ökonomische Aspekte elektronischer Massenmedien, Aarau 1988, S. 50 ff.).

83 AUER (Fn. 59), S. 44; VALLENDER, Grundzüge (Fn. 53), S. 95.

84 GYGI (Fn. 53), S. 279.

85 HÄFELIN/MÜLLER (Fn. 7), Rz. 2624; TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER (Fn. 87), S. 369; L. WIDMER, Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht, Zürich 1988, S. 40; kritisch zu dieser abschliessenden Zweiteilung AUER (Fn. 59), S. 33 f.

86 RICHLI (Fn. 58), S. 1497.

87 Die Kostenanlastungssteuer ist somit ein Sonderfall der Zwecksteuer (BGE 122 I 311; BÖCKLI [Fn. 48], S. 191).

88 BGE 124 I 291 f.; HUNGERBÜHLER (Fn. 54), S. 513; siehe auch BÖCKLI (Fn. 48), S. 191.

forderungen genügen.⁸⁹ Dazu gehört, dass die bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung beachtet wird. Der Bund ist nach herrschender Lehre grundsätzlich nur dort zur Erhebung von Steuern befugt, wo ihn die Verfassung explizit dazu ermächtigt.⁹⁰ Der Verfassungsvorbehalt für Bundessteuern ergibt sich aus der allgemeinen bundesstaatlichen Kompetenzordnung⁹¹. Art. 3 BV überlässt den Kantonen alle Rechte, die nicht dem Bund übertragen sind, und nach Art. 42 Abs. 1 BV erfüllt der Bund diejenigen Aufgaben, die ihm zugewiesen sind. Die Forderung nach einer expliziten Verfassungsgrundlage für eine Steuerkompetenz des Bundes heisst somit nichts anderes, als dass es sich bei Steuerbefugnissen um eigenständige Bundeskompetenzen handelt, welche die gleichen bundesstaatlichen Voraussetzungen erfüllen müssen wie Sachzuständigkeiten des Bundes. Gleiches gilt somit auch für die Beantwortung der Frage, ob die Zuständigkeit explizit vorliegen muss. Rhinow sagt denn auch schlicht: «Die Kompetenzen zur Erhebung von Bundessteuern müssen sich aus der Bundesverfassung ergeben.»⁹²

Wenn auch dem Grundsatz nach Bundeskompetenzen explizit erwähnt sein müssen, ist nicht ausgeschlossen, dass der Verfassung auch implizite Zuständigkeiten des Bundes entnommen werden können.⁹³ Dies hat sich auch durch die Revision der Verfassung nicht geändert. Im Gegenteil: Das Parlament hat einen Antrag zu Art. 3 BV abgelehnt, welcher dem Bund nur ausdrücklich übertragene Zuständigkeiten überlassen wollte.⁹⁴

B. Implizite Kompetenz in Art. 93 BV?

a. Voraussetzungen

Art. 93 BV sagt ebensowenig wie Art. 55^{bis} aBV ausdrücklich etwas zur Finanzierung von Radio und Fernsehen und sieht auch keine besondere Bundeszuständigkeit zur Erhebung spezifischer Rundfunksteuern oder anderer Abgaben vor. Zu prüfen ist also, ob Art. 93 BV neben der umfassenden Sachkompetenz im Bereich Radio und Fernsehen allenfalls eine stillschweigende Finanzierungszuständigkeit enthält, welche auch die Erhebung von spezifischen Steuern deckt. Gesucht ist eine sogenannte «implied power», d.h. eine Zuständigkeit

kraft Sachzusammenhang. Es geht um eine Handlungsbefugnis, welche die Voraussetzung dazu bildet, dass der Bund andere, ausdrücklich festgehaltene Zuständigkeiten überhaupt wahrnehmen kann.⁹⁵ Solche impliziten Kompetenzen werden durch Interpretation der geschriebenen Verfassung gewonnen, d.h. sie sind nicht dem ungeschriebenen Verfassungsrecht zuzurechnen.⁹⁶

Während die Erhebung von Kausalabgaben durch den Bund nach herrschender Lehre im Rahmen einer Sachkompetenz grundsätzlich möglich ist⁹⁷, wird im Bereich der Steuern – obwohl nicht ausdrücklich in der Bundesverfassung vorgesehen⁹⁸ – das Erfordernis der Ausdrücklichkeit von Kompetenzen besonders streng gehandhabt.⁹⁹ Teilweise umstritten ist aber, ob eine explizite und spezifische Verfassungsgrundlage für alle oder nur für bestimmte Steuern erforderlich ist.¹⁰⁰ So beschränkt beispielsweise Peter Saladin das Erfordernis der expliziten Grundlage auf «wichtige, ertragsreiche, entsprechend ‚merkliche‘, das Steuersubstrat generell und individuell erheblich belastende, zur Deckung des eidgenössischen Finanzbedarfs bestimmte Bundessteuern».¹⁰¹

89 BGE 122 I 311.

90 K. A. VALLENDER, Verfassungsmässig begrenzte Besteuerungsbefugnisse des Gesetzgebers, in E. Höhn/K. A. Vallender (Hrsg.), Steuerrecht im Rechtsstaat, Bern 1990, S. 24; Gutachten BJ (Fn. 76), S. 339; BLUMENSTEIN/LOCHER (Fn. 76), S. 44.

91 VALLENDER, Besteuerungsbefugnisse (Fn. 90), S. 22; A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. 1, Bern 2000, Rz. 1072; RHINOW, Grundzüge (Fn. 12), Rz. 2955.

92 RHINOW, Grundzüge (Fn. 12), Rz. 2955.

93 Botschaft neue BV (Fn. 13), S. 131; SALADIN (Fn. 48), Rz. 125 ff.; P. TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, S. 279 f.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 91), Rz. 960; U. HÄFELIN/W. HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, Rz. 1067 f.; Y. HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Erster Band: Organisation, Zürich 1980, S. 8, 69 f.; FLEINER/GIACOMETTI (Fn. 15), S. 76.

94 Dazu R. J. SCHWEIZER, Kommentar zu Art. 3, in B. Ehrenzeller/Ph. Mastronardi/R. J. Schweizer/K. A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Lachen 2002, Rz. 11.

95 TSCHANNEN, Staatsrecht (Fn. 93), S. 279 f.; SALADIN (Fn. 48), Rz. 126

96 P. TSCHANNEN, Die Auslegung der neuen Bundesverfassung, in U. Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Bern 2000, S. 228; SALADIN (Fn. 48), Rz. 126; FLEINER/GIACOMETTI (Fn. 15), S. 76.

97 SALADIN (Fn. 48), Rz. 131; BÖCKLI (Fn. 48), S. 186 f.

98 «Diese Auffassung wird, soweit ersichtlich, verfassungsrechtlich kaum näher begründet.» (Gutachten BJ [Fn. 76], S. 350).

99 Nach BÖCKLI (Fn. 48), S. 186, ist dieser Grundsatz «wahrscheinlich einer der eifrigst gehüteten praktisch wirksamen Verfassungsregeln der Schweiz».

100 Gutachten BJ (Fn. 76), S. 350.

101 SALADIN (Fn. 48), Rz. 128 f.

Vor diesem Hintergrund kann festgehalten werden, dass jedenfalls allein die Tatsache, dass der Bund für die Erfüllung einer Sachaufgabe finanzielle Mittel braucht, nicht den Schluss zulässt, aus der entsprechenden Sachkompetenz könne das Recht zur Erhebung einer Zwecksteuer abgeleitet werden.¹⁰² Sofern auf den Grundsatz des Sachzusammenhangs Bezug genommen werden soll, sind somit erheblich strengere Voraussetzungen zu erfüllen, als sie für die Erhebung von Kausalabgaben gelten. Eine implizite Abgabekompetenz, die auch (Zweck)steuern umfasst, sollte etwa dann angenommen werden können, wenn die Sachkompetenz zwingend mit einem Finanzbedarf (b) verbunden ist, der aus rechtlichen Gründen nicht aus dem allgemeinen Bundeshaushalt gedeckt werden kann (c), und auch die Erhebung von Kausalabgaben nicht zum Ziel führt (d).

b. Der Finanzbedarf

Art. 93 BV erteilt dem Bund einen Gewährleistungsauftrag, d.h. der Bund hat auf dem Wege der Gesetzgebung und im Rahmen der Erteilung von Konzessionen dafür zu sorgen, dass das System von Radio und Fernsehen insgesamt den in Absatz 2 des Verfassungsartikels formulierten Leistungs-

auftrag erfüllt.¹⁰³ Die dort erwähnten Ziele können – jedenfalls heute – in der Schweiz mit den Mitteln einer reinen Marktfinanzierung nicht erreicht werden. Dafür sind in erster Linie die Kleinheit der sprachregionalen Schweizer Rundfunkmärkte, die starke Auslandskonkurrenz aus den gleichsprachigen Nachbarländern mit einem vielfach grösseren Finanzierungspotential und die damit verbundene hohe Auslandsorientierung des Publikums verantwortlich.¹⁰⁴ Darüber hinaus gibt es starke Gründe zur Annahme, dass der Markt allein – unabhängig von den konkreten Verhältnissen – nicht in der Lage ist, die von Art. 93 Abs. 2 BV geforderten meritorischen Güter¹⁰⁵ zu erbringen.¹⁰⁶

Dass das schweizerische Rundfunksystem, insbesondere der Service public, nicht aus dem Markt allein finanziert werden kann, sondern auf öffentliche Mittel angewiesen ist, wurde in den medienpolitischen Diskussionen stets vorausgesetzt.¹⁰⁷ Auch die Entstehungsgeschichte von Art. 55^{bis} aBV bzw. Art. 93 BV zeigt Ähnliches: Im Jahre 1957 wurde ein erster Versuch, einen Radio- und Fernsehartikel in die BV aufzunehmen, mit dem Slogan bekämpft: «Kein Radiofranken für das Fernsehen».¹⁰⁸ Obwohl sich die abgelehnte Verfassungsbestimmung nicht zur Finanzierungsfrage äusserte, wurde eine Gebührenfinanzierung vorausgesetzt. Bestritten war nur, dass die vielen Radiohörer und –hörerinnen ein Fernsehprogramm für ein damals noch kleines Publikum finanzieren sollten. Gleiches ergibt sich aus den Materialien von Art. 55^{bis} BV. Die Botschaft geht schlicht davon aus, dass «Radio und Fernsehen auch in Zukunft durch Gebühren und Werbeeinnahmen finanziert werden»¹⁰⁹.

Die historische Betrachtung zeigt, dass die Abgabe in Recht und Politik solid verankert ist. Sollte sich nun herausstellen, dass sie in ihrer heutigen gesetzlichen Ausgestaltung aufgrund rechtlicher und technologischer Veränderungen nicht mehr unter einen (engen) Kausalabgabebegriff fällt, entsteht zwar formell eine neue (Zweck)steuer. Wirtschaftlich gesehen wird aber insofern nicht eine neue Steuer eingeführt, als keine Schmälerung des kantonalen Steuersubstrats eintritt, da ja die neue rechtliche Qualifizierung keine Änderung von Abgabepflicht und -höhe nach sich zieht. Für

102 BÖCKLI (Fn. 48), S. 189 f.

103 MÜLLER/GROB (Fn. 20), Rz. 41; M. DUMERMUTH, Die Medienregulierung im Zeitalter der Konvergenz – Schweizer Erfahrungen, Journal für Rechtspolitik, September 2000, S. 151; zum Begriff der Gewährleistungsverantwortung: W. HOFFMANN-RIEM, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, Baden-Baden 2000, S. 156 f.; W. HOFFMANN-RIEM, Modernisierung von Recht und Justiz, Frankfurt a.M. 2001, S. 24 ff.

104 Zu den schweizerischen Besonderheiten siehe M. DUMERMUTH, Medienregulierung und öffentlicher Rundfunk – Unter Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse, in H. Abele/H. Fünfgeld/A. Riva (Hrsg.), Werte und Wert des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der digitalen Zukunft, Potsdam 2001, S. 60 ff.; Botschaft Totalrevision (Fn. 23), S. 1584 ff.

105 Zum Begriff des meritorischen Guts siehe R. A. MUSGRAVE/P. B. MUSGRAVE/L. KULLMER, Die öffentlichen Finanzen in Theorie und Praxis, 1. Band, 6. Aufl., Tübingen 1994, S. 89 f.; M. L. KIEFER, Medienökonomik, München 2001, S. 136 ff.; H. GUNDLACH, Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen zwischen öffentlichem Auftrag und marktwirtschaftlichem Wettbewerb, Berlin 1998, S. 61 ff.

106 Dazu DUMERMUTH, Medienregulierung (Fn. 104), S. 58 ff. m.w.H.

107 Bei B. ROSTAN, Le service public de radio et de télévision, Lausanne 1982, S. 143 ff., findet sich eine Zusammenstellung von parlamentarischen Vorstössen aus den Jahren 1936 bis 1978 zu den Empfangsgebühren. Alle Interventionen äussern sich zur Höhe oder den Modalitäten der Gebühren, stellen aber die Abgabe nicht grundsätzlich in Frage.

108 Botschaft über den Radio- und Fernsehartikel, BBl 1981 II 914.

109 Botschaft über den Radio- und Fernsehartikel, BBl 1981 II 953.

verschiedene Autoren ist gerade dieses Kriterium entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob eine explizite Verfassungskompetenz notwendig ist.¹¹⁰ Somit besteht ein erstes Argument für die These, dass die Abgabe aus kompetenzrechtlicher Sicht auch dann Bestand hat, wenn die Individualäquivalenz für die Annahme einer Kausalabgabe nicht hinreichend sein sollte.

c. Keine Finanzierung aus dem Staatshaushalt

Gegen eine implizite Steuerkompetenz in Art. 93 BV könnte der Einwand vorgebracht werden, die in der Verfassungsbestimmung umschriebenen Aufgaben müssten aus dem ordentlichen Bundeshaushalt finanziert werden, wenn eine Finanzierung aus Kausalabgaben nicht möglich sei. Eine solche Argumentation übersieht, dass die Finanzierung von Radio und Fernsehen den in der Verfassung verankerten Grundsatz der Unabhängigkeit des Rundfunks beachten muss. Diesen Vorgaben will die heute praktizierte Gebührenfinanzierung etwa dadurch Rechnung tragen, dass der an die SRG ausgerichtete Gebührenbetrag in der eidgenössischen Staatsrechnung nicht ausgewiesen wird und somit auch nicht der parlamentarischen Budgetdebatte unterliegt.¹¹¹ Trotz dieser Vorkehrungen wird das heutige System regelmässig kritisiert.¹¹² Beanstandet wird insbesondere, dass der Bundesrat die Gebührenhöhe festlegt¹¹³ und damit zumindest potentiell die Möglichkeit habe, auf die Programmgestaltung Einfluss zu nehmen¹¹⁴.

Erheblich problematischer als die heutige Lösung wäre eine Finanzierung aus dem allgemeinen Bundeshaushalt. Ein solches System wäre noch staatsnäher als die Gebührenfinanzierung und würde die Türe für eine staatliche Einflussnahme auf Radio und Fernsehen weiter öffnen.¹¹⁵ Die Botschaft zu Art. 55^{bis} BV äussert sich zu dieser Frage deutlich: «Wegen der beträchtlichen Höhe der Mittel, die der Bewilligung des Parlaments und der Exekutive unterliegen, liesse sich jedoch ein starker Einfluss der Genehmigungsinstanz nicht vermeiden. Das würde Absatz 3 des vorgeschlagenen Verfassungsartikels nicht zulassen.»¹¹⁶ Ähnliche Vorbehalte lassen sich auch der Rechtsprechung des deutschen Bundesver-

fassungsgerichts entnehmen. In einer dissenting opinion halten drei Richter fest, die Finanzierung der Rundfunkanstalten aus öffentlichen Haushalten sei im Lichte von Art. 5 GG nicht zulässig¹¹⁷, und das Gericht kommt zum Schluss, «die dem öffentlichen Rundfunk gemässe Art der Finanzierung ist danach die Gebührenfinanzierung».¹¹⁸

d. Eng verstandene Kausalabgabe ungenügend

Steht eine Finanzierung aus dem öffentlichen Haushalt nicht zur Verfügung und nimmt man an, dass beim heute weit gefassten Kreis der Gebührenpflichtigen die für eine Kausalabgabe nötige Individualäquivalenz¹¹⁹ fehlt, bleibt ein letzter Ausweg: Der Kreis der Abgabepflichtigen müsste eingeschränkt werden und gebührenpflichtig wäre nur noch, wer technisch tatsächlich in der Lage ist, SRG-Programme zu empfangen.¹²⁰ Eine solche Lösung hätte aus medienpolitischer Sicht erhebliche negative Konsequenzen und könnte auf Dauer gar die Breitenwirkung des Service public in Frage stellen. Wegen der Diversifizie-

110 SALADIN (Fn. 48), Rz. 129; Th. FLEINER, Rechtsgutachten über die Verfassungsmässigkeit des Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 18. Dezember 1973, *Wirtschaft und Recht* 1975, S. 311, 313.

111 Dies entspricht der geltenden Praxis und ist in Art. 78 Abs. 4 E-RTVG nun ausdrücklich festgehalten.

112 Siehe etwa MÜLLER, Landesbericht (Fn. 15), S. 239 f.; F. GROB, Die Programmautonomie von Radio und Fernsehen in der Schweiz, Zürich 1994, S. 281 f.; B. VONLANTHEN, *Das Kommunikationsgrundrecht «Radio- und Fernsehfreiheit»*, Freiburg 1987, S. 501; BARRELET fordert gar, der SRG sei das Recht zugestehen, die Gebühren selbst festzusetzen, und der Staat habe sich auf eine Missbrauchskontrolle zu beschränken (D. BARRELET, *La loi sur la radio et la télévision entre la politique et le droit*, in Ch.-A. Morand (Hrsg.), *Le droit des médias audiovisuels*, Basel 1989, S. 149).

113 Grundlegend zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen bei der Festsetzung der Gebührenhöhe: BVerfGE 90, 60.

114 «Den wesentlichsten Einfluss haben Bund und Bundesverwaltung auf die Geschicke des Rundspruches wohl indirekt ausgeübt, indem der Bund sowohl die Höhe der vom einzelnen Hörer zu bezahlenden Hörgebühr als auch den Anteil der SRG an der Gesamtheit der jährlich eingenommenen Hörgebühren festsetzt» (Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ordnung des schweizerischen Rundspruchdienstes vom 13. Januar 1953, BBl 1953 I 26).

115 Entsprechende Befürchtungen hegen auch HOFFMANN-RIEM, *Regulierung* (Fn. 103), S. 250 f.; OSPEL (Fn. 82), S. 41.

116 Botschaft über den Radio- und Fernsehartikel, BBl 1981 II 937

117 Abweichende Meinung der Richter Geiger, Rinck und Wand in BVerfGE 31, 314, 344.

118 BVerfGE 90, 60, 90.

119 Zum Begriff siehe oben Abschnitt III 2 C.

120 Siehe dazu oben Abschnitt III 2 C.

Übertragungswege wird es künftig einfacher sein, technisch auf die Empfangbarkeit der SRG-Programme zu verzichten. Durch die in Aussicht stehende Gebührenfreiheit entstünde gar ein finanzieller Anreiz, die Empfangseinrichtungen so zu konfigurieren, dass keine SRG-Angebote mehr empfangen werden können. Praktisch würde so für die SRG im Publikumsmarkt eine Zugangsschwelle aufgebaut, welche für die Service-public-Anbieterin im Wettbewerb mit ausländischen Veranstaltern erhebliche Nachteile zur Folge hätte. In Gang gesetzt würde ein Teufelskreis: Der Rückgang des Gebührenertrages würde entweder zu einer Qualitätseinbusse der SRG-Angebote oder zu einer Gebührenerhöhung für die übrig gebliebenen Zahler führen. Beide Entwicklungen hätten zur Folge, dass weitere Teile des Publikums auf SRG-Angebote verzichten würden, was eine zusätzliche Reduktion des Gebührenertrages nach sich zöge. Eine Marginalisierung des schweizerischen Service public und seiner kulturellen und demokratiefunktionalen Rolle wäre die Folge. In Frage gestellt würde ferner der Solidargedanke, der dem heutigen Finanzierungsmodus zugrunde liegt¹²¹.

Ein solches nutzungsorientiertes Gebührensystem bliebe schliesslich nicht ohne Einfluss auf die Gestaltung der SRG-Programme. Da die SRG nicht nur aus Gründen der Werbe-, sondern auch der Gebührenfinanzierung auf grossen Publikumszuspruch angewiesen wäre, ginge einer der Hauptvorteile der Gebührenfinanzierung verloren. Er besteht darin, den öffentlichen Rundfunk von Zwängen des Marktes und dem Diktat der Einschaltquoten zu befreien und so die Produktion auch von Minderheitsangeboten zu ermöglichen.¹²²

Es ist offensichtlich, dass der Ausweg über eine Einschränkung des Kreises der Ge-

bührenpflichtigen wenig erfolgversprechend ist. Mittelfristig wäre die Erreichung der in Art. 93 Abs. 2 BV formulierten Ziele gefährdet.

e. Annahme einer stillschweigenden Kompetenz

Zusammenfassend ergibt sich folgendes: Der Verfassungsauftrag kann nur mit öffentlichen Mitteln realisiert werden, die aus Gründen der Staatsunabhängigkeit des Rundfunks nicht durch den ordentlichen Staatshaushalt bereitgestellt werden dürfen. Erforderlich ist somit eine spezielle Abgabe, die aber die Service-public-Programme im Wettbewerb mit der ausländischen Konkurrenz nicht benachteiligen darf. Der Kreis der Zahlungspflichtigen muss somit weit gezogen werden und darf nicht am Konsum von SRG-Programmen anknüpfen. Können diese Voraussetzungen durch eine Kausalabgabe nicht erfüllt werden, ist davon auszugehen, dass im Rahmen von Art. 93 BV auch eine implizite Bundeskompetenz für die Erhebung einer Zwecksteuer enthalten ist. Dies entspricht der Auffassung, «dass die Eidgenossenschaft jede Zuständigkeit besitzt, die zur Ausübung einer ausdrücklichen Bundeskompetenz notwendig erscheint»¹²³. Der Hinweis auf die Notwendigkeit definiert zugleich die Grenze der Abgabe. Als Zweck- bzw. Kostenanlassungssteuer darf ihr Ertrag nicht höher ausfallen als die mit der Erreichung des Zwecks anfallenden Kosten. Massgeblich ist also das Kostendeckungsprinzip.

V. Empfangsgebühr als Abgabe sui generis

Im Verlaufe der Untersuchung ist deutlich geworden, dass die ursprüngliche Konzeption der Empfangsgebühr als Regalabgabe heute kaum mehr tragfähig ist. Die Empfangsgebühr weist Elemente verschiedener Abgabekategorien auf, eine eindeutige Zuordnung zu einem bestimmten Typus fällt aber nicht leicht. Hier ist in Erinnerung zu rufen, dass die traditionelle Einteilung der öffentlichen Abgaben in erster Linie der Groborientierung dient und kein Numerus clausus der Abgabarten besteht.¹²⁴ «Tatsächlich geht die Rechnung mit dem ‚lückenlosen‘ System abstrakter Begriffe regelmässig nicht auf.»¹²⁵ Der Gesetzgeber kann im Rahmen seiner Kompetenz weite-

121 BUSER (Fn. 14), S. 43.

122 BVerfGE 90, 60, 90.

123 FLEINER/GIACOMETTI (Fn. 15), S. 78.

124 TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER (Fn. 80), S. 369.

125 VALLENDER, Grundzüge (Fn. 53), S. 46 f.

re Typen schaffen¹²⁶, und Mischformen sind nicht zum vornherein verfassungswidrig¹²⁷.

Eine ähnliche Diskussion wird in der BRD geführt, wo die Gebührenpflicht ebenfalls am Bereithalten eines Empfangsgerätes anknüpft.¹²⁸ Ursprünglich wurde die Abgabe wie in der Schweiz als Entgelt für die Befugnis, einen Rundfunkempfänger zu betreiben, erhoben.¹²⁹ Das deutsche Bundesverwaltungsgericht hat im Jahre 1968 entschieden, diese Konstruktion sei nicht haltbar, sondern die Abgabe sei in erster Linie als Entgelt für die Leistung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu verstehen.¹³⁰ Unklar und umstritten bleibt aber in der BRD nach wie vor, welchem Abgabebetypus die Gebühr zuzuordnen ist.¹³¹ Während die wohl herrschende Ansicht annimmt, dass sich bei der Rundfunkgebühr Elemente des Benutzungsgebühren- und des Beitragsbegriffs (im Sinne einer Anstaltsnutzungsgebühr mit Beitragscharakter) mischen, gibt es Autoren, die eher zur reinen Nutzungsgebühr, zum Beitrag, zu einer Abgabe sui generis mit Beitragsselementen oder zu einer Zwecksteuer tendieren.¹³²

Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der geschilderten Besonderheiten der Abgabe drängt es sich auf, die Emp-

fangsgebühr als Abgabe sui generis, als «eigentliche Rundfunkgebühr»¹³³, zu bezeichnen, die sich auf Art. 93 BV stützt. Die Frage, ob es sich dabei um eine Benutzungsgebühr, um einen Beitrag oder sogar um eine Kostenanlastungssteuer handelt, oder ob allenfalls eine Mischform vorliegt, tritt dabei in den Hintergrund. In jedem Fall muss sich die Abgabe am Kostendeckungsprinzip orientieren, wie dies heute in Art. 55 RTVG der Fall ist. Die Abgrenzung wird auch deshalb zweitrangig, weil selbst für die Erhebung einer Zwecksteuer von einer impliziten Verfassungskompetenz des Bundes ausgegangen werden kann. ■

126 TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER (Fn. 80), S. 369.

127 HUNGERBÜHLER (Fn. 54), S. 510.

128 § 2 des Rundfunkgebührenstaatsvertrages vom 31. August 1991 (Fassung vom 1. April 2004).

129 R. RICKER/P. SCHIWWY, Rundfunkverfassungsrecht, München 1997, S. 39.

130 BVerwGE 29, 214, 217; in BVerfGE 31, 314, 330 findet sich dagegen die Passage: «Die für das Bereithalten des Empfangsgeräts zu zahlende ‚Gebühr‘ (...) ist (...) nicht Gegenleistung für eine Leistung, sondern das von den Ländern eingeführte Mittel zur Finanzierung der Gesamtveranstaltung».

131 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Dezember 1998, 6 C 13.97, ZUM 1999, S. 497; eine Übersicht über die in der BRD geführte Diskussion findet sich bei G. HERRMANN/M. LAUSEN, Rundfunkrecht, 2. Aufl., München 2004, S. 791.

132 W. HAHN/TH. VESTING (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, München 2003, S. 468.

133 Botschaft RTVG, BBl 1987 III 748.