



VPB 4/2009 vom 2. Dezember 2009

2009.12 (S. 219-229)

Mehrheitsbeteiligung der Swisscom AG an einer Programmveranstalterin

EJPD, Bundesamt für Justiz

Gutachten vom 3. März 2008

Stichwörter: Swisscom AG; spezialgesetzliche Aktiengesellschaft; Radio- und Fernsehgesetz; Rundfunkdienst; Programmveranstalter; Staatsunabhängigkeit des Rundfunks; kommerzielle Tätigkeiten öffentlicher Gemeinwesen.

Mots clefs: Swisscom SA; société anonyme de droit public; loi sur la radio et la télévision; service de radiodiffusion; production et diffusion de programmes; indépendance de la radio et de la télévision; exercice d'une activité commerciale par une personne publique.

Termini chiave: Swisscom SA; società anonima di diritto speciale; legge sulla radiotelevisione; servizio di radiodiffusione; emittente; indipendenza della radiodiffusione dallo Stato; attività commerciali di collettività pubbliche.

Regeste:

1. Bei der Umschreibung des Zwecks einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft muss der Gesetzgeber verfassungsrechtliche Vorgaben beachten.
2. Aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) folgt, dass für eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit des Staates eine gesetzliche Grundlage und ein überwiegendes öffentliches Interesse erforderlich sind.
3. Der Grundsatz der Staatsunabhängigkeit des Rundfunks schliesst öffentlich-rechtlich konzipierte Programmveranstalter nicht zum vorneherein aus; der Gesetzgeber muss jedoch durch organisatorische Vorkehrungen dafür sorgen, dass politische Behörden die Programmgestaltung nicht beeinflussen können.
4. Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte und medienrechtliche Grundsatzentscheide bietet Art. 3 TUG nur eine Grundlage für technische Rundfunkdienste der Swisscom AG, nicht aber für die Veranstaltung von Radio- und Fernsehprogrammen. Soweit es um Nebentätigkeiten geht, welche die Fernmelde- und Rundfunkdienste ergänzen, kann die Swisscom AG gestützt auf Art. 3 TUG auch sogenannte Inhalte anbieten (z.B. «Video on demand»).
5. Eine mehrheitliche Beteiligung der Swisscom AG an der Muttergesellschaft einer Programmveranstalterin wäre unter dem geltenden Recht unzulässig. Wollte man sie zulassen, müsste das TUG entsprechend geändert werden.

Regeste:

1. Lorsqu'il crée une société anonyme de droit public, le législateur doit veiller à ce que son but réponde à certaines prescriptions de la Constitution.
2. Eu égard au principe constitutionnel de la liberté économique (art. 94 cst.), l'Etat ne peut lui-même exercer d'activité commerciale qu'à la condition qu'une base légale l'y autorise et qu'un intérêt public prépondérant justifie qu'il exerce cette activité.

3. Le principe de l'indépendance de la radio et de la télévision par rapport à l'Etat n'exclut a priori pas l'existence d'une société productrice de programmes placée sous le régime du droit public, pour autant toutefois que le législateur prenne les dispositions propres à prévenir tout risque d'influence du politique sur le contenu des programmes concernés.

4. Eu égard à la genèse de la loi sur l'entreprise de télécommunications (LET) et aux décisions fondamentales prises relativement au paysage audiovisuel, il apparaît que l'art. 3 LET habilite Swisscom SA à diffuser des programmes de radio ou de télévision, mais non à les produire. Par ailleurs, Swisscom SA peut certes proposer des «contenus» en vertu de l'art. 3 LET (par ex. la «vidéo à la demande»), mais uniquement dans la mesure où ce service reste une offre simplement complémentaire de son activité de radiocommunication.

5. Le droit en vigueur n'autorise pas Swisscom SA à prendre une participation majoritaire dans une société productrice de programmes : il faudrait pour cela que la LET soit préalablement modifiée en ce sens.

Regesto:

1. Per quanto concerne la definizione dello scopo di una società anonima di diritto speciale, il legislatore deve rispettare il mandato costituzionale assegnatogli.

2. Secondo il principio della libertà economica sancito nell'articolo 94 Cost., un'attività economica privata dello Stato deve poggiare su una base legale ed essere giustificata da un interesse pubblico preponderante.

3. Il principio dell'indipendenza della radiodiffusione dallo Stato non esclude a priori le emittenti di diritto pubblico; il legislatore deve tuttavia predisporre misure di organizzazione per evitare che le autorità politiche possano influenzare la concezione dei programmi.

4. La genesi dell'articolo 3 LATC e le decisioni di principio pronunciate in proposito permettono di considerare questa disposizione una base adeguata per i servizi tecnici di radiodiffusione della Swisscom SA ma non per l'emittenza di programmi radiofonici e televisivi. Nell'ambito di attività accessorie che fanno da complemento ai servizi di telecomunicazione e radiodiffusione, Swisscom SA può fondarsi sull'articolo 3 LATC per offrire anche cosiddetti «contenuti» (per esempio «Video on demand»).

5. Il diritto vigente non permette una partecipazione maggioritaria di Swisscom SA alla società madre di un'emittente di programmi. Per rendere possibile una tale partecipazione occorre modificare la LATC.

Rechtliche Grundlagen:

Art. 92-94 Bundesverfassung (BV, SR 101);

Art. 2 und 3 Telekommunikationsunternehmungsgesetz (TUG, SR 784.11);

Radio- und Fernsehgesetz (RTVG, SR 784.40) passim

Base juridique:

Art. 92-94 Constitution fédéral (Cst., RS 101);

Art. 2 et 3 Loi sur l'entreprise de télécommunications (LET, RS 784.11);

Loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV, RS 784.40)

Basi legali:

Art. 92-94 della Costituzione federale (Cost., RS 101);

Art. 2 e 2 Legge sull'azienda delle telecomunicazioni (LATC, RS 784.11);

Legge federale sulla radiotelevisione (LRTV, RS 784.40)

1. Sachverhalt und Fragestellung

Die X. AG hält 66 % der Teleclub AG. Die Teleclub AG ist Veranstalterin eines kommerziellen Abonnementsfernsehens, das über Leitungen verbreitet wird. Zu prüfen ist, ob die Swisscom AG eine Mehrheitsbeteiligung an der X. AG erwerben und damit indirekt auch die Teleclub AG beherrschen dürfte. Indirekt würde die Swisscom AG damit zu einer (kommerziellen) Programmveranstalterin. Anzumerken ist dabei, dass die Veranstaltung von Fernsehprogrammen, die über Leitungen verbreitet werden und für die kein Anteil an den Empfangsgebühren beansprucht wird, nach dem neuen RTVG (SR 784.40) keiner Konzessionspflicht, sondern bloss einer Meldepflicht unterliegt.¹ Ob das entsprechende Programm sich auf die Verbreitung von Spielfilmen beschränkt² oder im Sinne eines sog. Vollprogramms auch Informations- und Sportsendungen enthält, ist einerlei. Deshalb wäre es verfehlt, die vorliegende Frage nur mit Blick auf das bestehende Programmangebot des Teleclubs zu beantworten. Vielmehr ist im Auge zu behalten, dass die Swisscom AG, wenn sie den Teleclub (indirekt) unter ihre Kontrolle bringen könnte, diesen Kanal durchaus zu einem Vollprogramm oder zu einem Mischprogramm ausbauen könnte, das z.B. die Verbreitung von Spielfilmen mit attraktiven Sportsendungen kombiniert.

2. Die Swisscom AG als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft

In seinem Gutachten vom 24. März 2006³ (S. 6 ff.) geht Prof. Forstmoser davon aus, die Swisscom AG sei vom Gesetzgeber dem Privatrecht unterstellt worden. Deshalb gelte für sie u.a. die «Verhaltensfreiheit ... in den Schranken des statutarisch verankerten Gesellschaftszwecks.» Der statutarische Zweck der Swisscom AG entspreche Art. 3 TUG (SR 784.11). Dort habe der Gesetzgeber den Zweck der Gesellschaft umschrieben, und zwar «so, wie üblicherweise der Zweck einer privatrechtlichen Gesellschaft festgesetzt wird: In einem ersten Absatz wird die Geschäftstätigkeit grob und weit umschrieben (Fernmelde- und Rundfunkdienste, sowohl im In- wie im Ausland, und damit zusammenhängende Produkte und Dienstleistungen). Ein zweiter Absatz enthält eine Catch-all-Klausel, die alles erfasst, was mit dem bereits weit gefassten Gesellschaftszweck zusammenhängt, insbesondere (...) die Beteiligung an andern Gesellschaften.» (a.a.O. S. 9) Der Gesellschaftszweck sei «weit auszulegen» (a.a.O., Fn 16).

Das Bundesamt für Justiz kann diese Sichtweise nicht teilen. Nach Art. 2 TUG ist die Telekommunikationsunternehmung des Bundes eine *spezialgesetzliche* Aktiengesellschaft (in der französischen Fassung «société anonyme de droit public»). Solche Gesellschaften sind von privatrechtlichen Aktiengesellschaften zu unterscheiden.⁴ Für sie gilt primär der öffentlichrechtliche Grunderlass; die Vorschriften des OR sind subsidiär – als ergänzendes öffentliches Recht – anzuwenden.⁵ Eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft beruht – im Unterschied zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft – nicht auf privatautonomer Willensfreiheit der sie gründenden Aktionäre, son-

¹ Dies ergibt sich aus Art. 3 in Verbindung mit Art. 38 und 43 RTVG.

² Zur Zeit besteht das Programm des Teleclubs zur Hauptsache aus der zeitgebundenen Wiedergabe von Spielfilmen.

³ Beteiligung der Swisscom AG an der X. AG. Das Gutachten ist der Swisscom AG erstattet worden.

⁴ Vgl. Stefan Vogel, Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, in: ZBI 2003 418 ff.

⁵ Vgl. Vogel, a.a.O., S. 423; BGE 132 III 470, E. 3.3.

dem sie verdankt ihre Existenz einem Akt des Gesetzgebers. Der *Gesetzgeber* gibt ihr einen Zweck vor (eine damit übereinstimmende statutarische Zweckbestimmung ist höchstens deklaratorischer Natur). Bei der Gründung einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft genießt der Gesetzgeber nicht die gleichen Freiheiten wie die Gründer einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft. Vielmehr muss er dabei verfassungsrechtliche Vorgaben respektieren (siehe dazu sogleich, Ziff. 3 und 4). Weil dies so ist, sind diese verfassungsrechtlichen Vorgaben auch bei der Auslegung des untergeordneten Rechts heranzuziehen.

3. Verfassungsrechtliche Vorgaben im allgemeinen

Die Schaffung einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft setzt einerseits voraus, dass der Bund im fraglichen Sachbereich eine entsprechende Regelungsbefugnis hat. Vorliegend sind dies die Artikel 92 und 93 BV (Post- und Fernmeldewesen, Radio und Fernsehen). Andererseits ist zu beachten, dass jede wirtschaftliche Tätigkeit des Staates mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) in Konflikt gerät. Art. 94 Abs. 1 hält Bund und Kantone dazu an, diesen Grundsatz zu respektieren. Nach Aubert/Mahon⁶ ist dies als eine verfassungsrechtliche Verpflichtung auf eine marktwirtschaftliche, privatrechtliche Wirtschaftsordnung zu verstehen. Daraus folge, dass Bund und Kantone auf das Angebot von Gütern und Dienstleistungen und die Preisbildung grundsätzlich keinen Einfluss nehmen dürften. Zwar *garantiere* diese Verfassungsbestimmung nicht den freien Wettbewerb, doch auferlege sie dem Staat eine negative Verpflichtung: «L'Etat doit s'abstenir».

In ähnlicher Weise macht Richli⁷ Folgendes geltend:

«Das in der Wirtschaftsverfassung generell relevante Subsidiaritätsprinzip gebietet (...), dass sich der Staat mit privatwirtschaftlicher Tätigkeit zurückhält und auf funktionierenden Märkten nicht als Konkurrent auftritt. (...) Für die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit des Staates sind jedenfalls eine gesetzliche Grundlage und ein überwiegendes öffentliches Interesse erforderlich»⁸.

Damit ist zugleich gesagt, dass der Wille des Gesetzes, dem Staat (bzw. dem Bund) eine privatwirtschaftliche Tätigkeit im überwiegenden öffentlichen Interesse zu ermöglichen, klar zum Ausdruck kommen muss. Dass das pekuniäre Interesse an einer Gewinnerzielung nicht als überwiegendes öffentliches Interesse gelten kann, versteht sich von selbst, denn sonst stünden dem Staat jegliche wirtschaftliche Betätigungen offen.

⁶ Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la constitution fédérale*, 2003, commentaire ad art. 94 al. 1 Cst., n. 5-7.

⁷ Paul Richli, *Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts*, Bern 2007, p. 55 n. 179s.

⁸ Dans le même sens, voir aussi, Vallender/Hettich/Lehne, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 4. Auflage, Bern 2006, p. 191, n. 179; *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, St-Gallen 2002, ad 94 Cst., p. 1030, n. 6; Stefan Vogel, *Der Staat als Marktteilnehmer*, Zürich 2000, p. 119

4. Zur «Staatsunabhängigkeit» von Radio und Fernsehen insbesondere

Wie in den Gutachten der Professoren J.P. Müller und M. Schefer vom 8. März 2006⁹, von Prof. Kley vom 13. März 2006¹⁰ sowie im Aufsatz von Prof. Hangartner¹¹ ausführlich und mit zahlreichen Hinweisen auf Doktrin und Praxis dargestellt, ergibt sich aus Art. 17 und 93 Abs. 3 BV der Grundsatz der Staatsunabhängigkeit von Radio und Fernsehen.¹² Zwar gilt dieser Grundsatz nicht absolut und schliesst z.B. öffentlichrechtlich konzipierte Programmveranstalter nicht zum vorneherein aus. Ebenso ist es zulässig, einer bestimmten privatrechtlich konzipierten Veranstalterin (z.B. der SRG) einen Leistungsauftrag zu erteilen und bis zu einem gewissen Grad auch ihre Organisation zu bestimmen. In diesen Fällen muss jedoch – wie auch Prof. Kley in seinem Gutachten darlegt – der Gesetzgeber durch organisatorische Vorkehrungen dafür sorgen, dass politische Behörden die Programmgestaltung nicht beeinflussen können.¹³

Prof. Kley (Gutachten N 7 und N 19) verweist in dieser Hinsicht primär auf Art. 5 Abs. 2 RTVG/1991. Diese Bestimmung findet sich im geltenden RTVG in Art. 6 Abs. 1. Danach sind die Programmveranstalter (soweit das Bundesrecht nichts anderes bestimmt) nicht an die Weisungen von eidgenössischen, kantonalen oder kommunalen Behörden gebunden. Diese Bestimmung bezieht sich jedoch nur auf allfällige Weisungen, welche die angesprochenen Behörden direkt (gewissermassen «von aussen») an die Programmveranstalter richten. Instruiert hingegen eine Behörde ihre(n) Vertreter im leitenden Organ eines Programmveranstalters, so sind diese Instruktionen nicht eo ipso als «Weisungen» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 RTVG zu verstehen.

Bezüglich der SRG enthält das RTVG allerdings einige spezifische Vorschriften, welche dafür sorgen, dass die Programmautonomie trotz Mitwirkungsrechten von Behörden gewahrt wird. So bestimmt Art. 31 Abs. 1 Bst. a RTVG in grundsätzlicher Weise, dass sich die SRG «so organisiert, dass ihre Autonomie und Unabhängigkeit vom Staat und von einzelnen gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Gruppierungen gewährleistet sind». Sodann darf der Bundesrat nach Art. 33 Abs. 1 RTVG nur einen Viertel der Mitglieder des Verwaltungsrates ernennen. Nach Abs. 2 derselben Bestimmung darf der Verwaltungsrat in laufenden Programmangelegenheiten keine Einzelweisungen erteilen. Nach Art. 33 Abs. 3 RTVG sind die Mitglieder des Verwaltungsrates generell nicht weisungsgebunden.

Im Fall der Swisscom AG fehlen derartige Schutzbestimmungen. Forstmoser macht in seinem Gutachten (S. 11 ff.) allerdings geltend, schon aus gesellschaftsrechtlichen Gründen wäre es dem Bundesrat (als Inhaber der Aktienmehrheit an der Swisscom AG) verwehrt, auf die Oberleitung bzw. die strategische Führung der Geschäftstätigkeit Einfluss zu nehmen. Dies lässt sich nicht bestreiten, doch ist Folgendes zu beachten: Dass der Bundesrat nur zwei Mitglieder des Verwaltungsrates wählen kann (was Forstmoser besonders betont), steht nicht im TUG, sondern in den Statuten der Swisscom AG. Als Inhaber der Aktienmehrheit stünde es dem Bundesrat jederzeit

⁹ Gutachten zur Frage der indirekten Beteiligung der Swisscom an einer Unternehmung, die Fernsehprogramme anbietet. Das Gutachten ist dem BAKOM erstattet worden.

¹⁰ Ist der Einstieg der Swisscom AG ins TV-Geschäft vor dem Unabhängigkeitsgebot des Art. 93 Abs. 3 BV zulässig? Das Gutachten ist der Swisscom AG erstattet worden.

¹¹ Unabhängigkeit vom Staat und von staatlichen Unternehmen als Voraussetzung der Medienfreiheit, AJP 10/2005 S. 1183 ff.

¹² Vgl. hierzu auch Nobel/Weber, Medienrecht, 3. Auflage 2007, S. 108 f.

¹³ So auch Nobel/Weber, a.a.O. und S. 406 (N 34).

frei, sich via Statutenänderung das Recht einzuräumen, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates zu wählen. Und von Gesetzes wegen wäre es auch nicht ausgeschlossen, dass der Bundesrat die Mehrheit des Verwaltungsrates nach erfolgter Statutenänderung mit aktiven Politikern besetzt (um damit u.U. eine bestimmte politische Tendenz zu erwirken).¹⁴ Dass dies mit dem Grundsatz der Staatsunabhängigkeit im Sinn von Art. 93 Abs. 3 BV nicht zu vereinbaren wäre, liegt auf der Hand. Freilich wären solche Vorgehensweisen unter den gegebenen Verhältnissen höchst unwahrscheinlich. Dies kann jedoch für die Beurteilung der gestellten Rechtsfrage nicht massgebend sein. Festzuhalten ist einfach, dass der Gesetzgeber im Fall der SRG die von der Verfassung geforderten organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um die Unabhängigkeit in der Programmgestaltung zu gewährleisten, im Fall der Swisscom AG jedoch nicht. Dies kann insofern kaum überraschen, als bei der Schaffung des TUG ganz andere Fragen im Zentrum der Diskussion standen als jene, die neue Telekommunikationsunternehmung des Bundes mit der Veranstaltung von Radio- und Fernsehprogrammen zu betrauen. Vielmehr ging es darum, die frühere Telecom PTT in eine spezialgesetzliche AG überzuführen und ihre Rolle in der zukünftigen Fernmeldeordnung zu definieren.

5. Die Swisscom AG als Element einer (teil-)liberalisierten Fernmeldeordnung

Gleichzeitig mit der Auftrennung der früheren PTT-Betriebe in die Post und die Swisscom AG ist die Fernmeldeordnung ein Stück weit liberalisiert worden.¹⁵ Das frühere Fernmeldemonopol der PTT-Betriebe wurde durch ein «Marktgesetz mit Konzessionssystem» (BBI 1996 III 1406) ersetzt. Dabei war klar, dass die Telekommunikationsunternehmung des Bundes für die Grundversorgung mit Fernmeldediensten weiterhin eine erstrangige Rolle spielen muss. Deshalb wurde ihr in Art. 66 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (SR 784.10) ein entsprechendes gesetzliches Mandat überbunden. Was die Rundfunkdienste betrifft, führte das Fernmeldegesetz von 1997 eine neue Bestimmung (Art. 20a) ins damals geltende RTVG von 1991 ein. Danach sollte es in Zukunft Sache der Radio- und Fernsehveranstalter sein, für die Verbreitung ihrer Programme zu sorgen, indem sie diese selbst verbreiten oder durch Dritte verbreiten lassen. Diese Bestimmung wurde in der Botschaft (BBI 1996 III 1456) wie folgt erläutert:

«Die Gesetzesrevision hebt das bisher punktuell bestehende PTT-Monopol auf und führt auf allen Ebenen zu einer liberalisierten, einheitlichen Grundordnung. Soweit die Telecom PTT durch die Neuregelung betroffen ist, geniesst sie übergangsrechtlich einen befristeten Schutz: Das Departement kann gegenüber der SRG Weisungen erlassen (Art. 76 Abs. 5), um berechnigte Interessen der Telecom PTT zu schützen.»

¹⁴ Abgesehen von diesen Einflussmöglichkeiten des Bundesrates ist daran zu erinnern, dass sich der Bundesrat im Fall der Verhandlungen über den Erwerb einer irischen Telekommunikationsgesellschaft als Mehrheitsaktionär vehement gegen dieses Geschäft ausgesprochen hat, was den Verwaltungsrat der Swisscom AG schliesslich dazu bewegte, diese Verhandlungen abzubrechen (vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 5.4.06 zur Bundesbeteiligung am Unternehmen Swisscom AG, BBI 2006 3763, Ziff. 1.1.5.2 am Ende). Diese Einflussnahme des Bundesrates war unter aktienrechtlichen Gesichtspunkten vielleicht problematisch, doch das Beispiel zeigt auf anschauliche Weise, dass die aktienrechtlichen Schranken eben nicht verhindern können, dass ein Mehrheitsaktionär seinen Willen im Ernstfall durchsetzt, auch wenn er nur eine Minderheit des Verwaltungsrates ernennt.

¹⁵ Vgl. die Botschaften des Bundesrates vom 10.6.96 zum POG und zum TUG (BBI 1996 III 1306) sowie zum revidierten FMG (BBI 1996 III 1405).

Art. 76 Abs. 5 RTVG/1991 (eingefügt durch das FMG von 1997) ermächtigte das UVEK sogar, die Telecom PTT während fünf Jahren zu verpflichten, die Verbreitung der Programme der SRG zu gewährleisten.

Die Gründung der Swisscom AG stand damit von allem Anfang an im Zeichen der Kontinuität. Die neue Gesellschaft war dazu gedacht, die von den ehemaligen PTT-Betrieben erbrachten Fernmelde- und Rundfunkdienste zu erbringen (vgl. BBl 1996 III 1332) und weiterhin einen massgeblichen Beitrag zur Grundversorgung mit Fernmeldediensten zu leisten. Da sie sich in einem liberalisierten Umfeld bewegen werde, solle ihr eine entsprechende Führungsautonomie gewährt werden, und die Form der Aktiengesellschaft solle ihre Allianzfähigkeit stärken (a.a.O.). Nie war jedoch davon die Rede, die zukünftige Swisscom könne (anders als die frühere Telecom PTT) inskünftig auch Radio- und Fernsehprogramme veranstalten bzw. sich an Programmveranstaltern mehrheitlich beteiligen.

6. Das «Ebenenmodell» bzw. die «duale Rundfunkordnung»

Das erste RTVG von 1991 fusste auf dem sog. Ebenenmodell.¹⁶ Ohne hier auf Einzelheiten einzugehen, sei lediglich in Erinnerung gerufen, dass der Teleclub damals schon existierte und vom Bundesrat in seiner Botschaft als Beispiel für einen kommerziellen Veranstalter dargestellt wurde, der neben der gesetzlich privilegierten SRG im Wettbewerb auf nationaler Ebene Bestand haben sollte.¹⁷ In der Botschaft vom 18.12.02 zum geltenden RTVG¹⁸ distanzierte sich der Bundesrat zwar vom Ebenenmodell und wollte kein «rein duales System»¹⁹ einführen, doch wollte er der SRG auf nationaler Ebene weiterhin eine privilegierte wirtschaftliche Stellung einräumen. Neben diesem «starken Service public» wollte er jedoch zugleich einen vermehrten Wettbewerb zwischen den Programmveranstaltern ermöglichen. Das Parlament ist dem Bundesrat im Wesentlichen gefolgt und hat dieses nicht ganz rein duale Rundfunkkonzept im RTVG umgesetzt.

Interessant ist, dass der Bundesrat in seiner Botschaft vom 18.12.02 auch dargelegt hat, dass seit Inkrafttreten des RTVG von 1991 nur wenige Veranstalter neben der SRG wirtschaftlich überleben konnten.²⁰ Dazu zählte er (richtigerweise) auch den Teleclub. Hält man sich dies vor Augen, wird klar, dass eine (indirekte) mehrheitliche Beteiligung des Bundes am Teleclub den Grundideen unseres Rundfunksystems widerspricht. Wenn der Gesetzgeber einerseits die SRG privilegiert (und sie dabei mit einem Leistungsauftrag und organisatorischen Vorkehrungen einbindet), andererseits für den kommerziellen Bereich Wettbewerb walten lassen will, so wäre es sinnwidrig, wenn der Bund via Swisscom AG auch noch einen der wichtigsten (auch die SRG konkurrenzierenden) Veranstalter unter seine Kontrolle brächte (auch wenn – oder gerade wenn ! – dieses Manöver rein wirtschaftlich gesehen für die Swisscom AG vielleicht Sinn machen würde).

¹⁶ Vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 28.9.87 (BBl 1987 III 689), Ziff. 154.

¹⁷ a.a.O., Ziff. 121.3 und 154 am Ende.

¹⁸ BBl 2003 1569

¹⁹ Ein duales Rundfunksystem besteht darin, einerseits einen bestimmten Rundfunkveranstalter mit Service Public-Leistungen zu mandatieren und ihm als Gegenleistung eine öffentlichrechtliche Finanzierung zu gewähren, andererseits private (kommerzielle) Veranstalter dem Wettbewerb auszusetzen (vgl. Nobel/Weber, a.a.O. S. 407).

²⁰ a.a.O. S. 1580 f.

7. Von Art. 3 TUG erfasste Geschäftsbereiche der Swisscom AG

Vor dem Hintergrund der oben stehenden Präliminarien ist nun der Frage nachzugehen, wie Art. 3 TUG zu interpretieren ist.

Als erstes ist zu klären, was der Gesetzgeber unter den «Fernmelde- und Rundfunkdiensten» («services de télécommunication et de radiodiffusion») versteht, welche die Swisscom AG erbringen soll. Die Gutachter Forstmoser (S. 9) und Kley (N 20) zählen zu diesen «Rundfunkdiensten» auch die Veranstaltung von Programmen. Kley (a.a.O.) beruft sich dabei auf Ausführungen in der Botschaft und auf ein Votum von Bundesrat Leuenberger im Nationarat, wonach man den Unternehmenszweck der Swisscom AG bewusst weit umschreiben wollte. Der Swisscom sollten die gleichen Möglichkeiten eingeräumt werden wie ihren Konkurrenten. Die technologische Entwicklung führe Telekommunikations- und Rundfunkdienste zusammen, was eine erweiterte Geschäftstätigkeit der Swisscom gestatte. Die Beteiligung der Swisscom entspreche somit dem Willen des Gesetzgebers.

Das Bundesamt für Justiz kann dieser Argumentationslinie nicht folgen. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das damals (zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Botschaft zum TUG) geltende RTVG/1991²¹ die «Veranstaltung» eines Radio- und Fernsehprogramms von dessen «Verbreitung» begrifflich strikt unterschied.²² Den damaligen PTT-Betrieben wurde in Art. 32 RTVG/1991 ausdrücklich das Mandat erteilt, die Einrichtungen für die Verbreitung der SRG-Programme zu erstellen und zu betreiben (und die PTT-Betriebe erhielten dafür einen entsprechenden Anteil an den Empfangsgebühren). Dass nun der Bundesrat mit der Wendung «Rundfunkdienste» im TUG die herkömmliche Terminologie «Veranstaltung/Verbreitung» verlassen wollte und für die Umschreibung des Geschäftskreises der künftigen Swisscom unter den «Rundfunkdiensten» neben der (technischen) Verbreitung auch die Veranstaltung von Programmen miteinschliessen wollte, erscheint schon aus diesem Grund höchst unwahrscheinlich.

Dieser Befund wird erhärtet, wenn man sich noch das internationale Fernmelderecht vor Augen hält. Im Internationalen Fernmeldevertrag vom 6.11.82 (SR 0.784.16) und in seinen Vollzugsordnungen (nicht publiziert) wird der Begriff «Rundfunkdienst» nämlich mehrfach verwendet und in der Anlage 2 zum Grundvertrag (N 2012) wie folgt definiert²³:

- 2012 *Rundfunkdienst*: Funkdienst, dessen Aussendungen zum unmittelbaren Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt sind. Dieser Funkdienst kann Tonsendungen, Fernsehsendungen oder andere Arten von Sendungen umfassen.
- 2012 *Service de radiodiffusion*: Service de radiocommunication dont les émissions sont destinées à être reçues directement par le public en général. Ce service peut comprendre des émissions sonores, des émissions de télévision ou d'autres genres d'émission.

Diese Definitionen sind eindeutig technisch orientiert und erfassen nur die Ausstrahlung von Radio- und Fernsehprogrammen, nicht aber deren Veranstaltung. Zwar hat der Bundesrat in seinen Erläuterungen zu Art. 3 TUG nicht auf die Definitionen des internationalen Rechts Bezug genommen. In der am gleichen Tag verabschiedeten

²¹ AS 1992 601.

²² Vgl. Art. 1, 2, 26, 32, 34 und 37 RTVG/1991.

²³ Identische Definition in der damals für die Schweiz geltenden Konstitution der Internationalen Fernmeldeunion vom 22.12.92 (SR 0.784.01), Anlage, N 1010.

Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz²⁴ hat er dies aber sehr wohl getan. Im Anhang zu diesem Gesetzesentwurf schlug er nämlich auch ein paar Änderungen zur französischen Fassung des RTVG/1991 vor, u.a. gerade betr. die Terminologie «Veranstaltung/Verbreitung». Dabei berief er sich ausdrücklich auf die Terminologie für den Funkdienst in der Internationalen Fernmeldunion und legte dar, dass mit der angepassten Terminologie auch der sogenannten Konvergenz von Rundfunk und Individualkommunikation Rechnung getragen werde, so dass Rundfunkprogramme und Fernmeldedienste künftig auf der gleichen Infrastruktur übertragen werden könnten.²⁵ Hätte der Bundesrat in der am gleichen Tag verabschiedeten Botschaft zum TUG dem Begriff «Rundfunkdienst» einen ganz andern Sinn beimessen wollen als im internationalen Fernmelderecht, so hätte er dies mit Sicherheit ausdrücklich so erläutert, was wie gesagt nicht der Fall ist. Auch in den parlamentarischen Debatten zum TUG und zum revidierten Fernmeldegesetz finden sich keine Hinweise darauf, man hätte den Begriff «Rundfunkdienst» anders zu verstehen als im internationalen Fernmelderecht. Wir schliessen daraus, dass der Begriff «Rundfunkdienst» im TUG nur die technische Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen erfasst, nicht aber deren Veranstaltung. Tatsächlich hat sich die Swisscom AG bisher auch dementsprechend verhalten und für die (technische) Programmverbreitung eine eigene Unternehmenseinheit (Swisscom Broadcast AG) geschaffen.²⁶

Was «Bluewin-TV» betrifft, ist zu beachten, dass die Swisscom AG damit lediglich die Programme anderer Veranstalter weiterverbreitet.²⁷ Sie trägt dabei keinerlei Verantwortung für die übertragenen Programme. Es handelt sich also klarerweise um einen Fernmeldedienst, der unter rundfunkrechtlichen Aspekten keine Probleme bietet. Dies gilt – wenn wir dies richtig erkennen – auch für die «Live Events», die im Rahmen von «Bluewin-TV» übertragen werden (sie werden vom Teleclub veranstaltet).²⁸

Wollte man trotz allem annehmen, mit den «Rundfunkdiensten» nach Art. 3 TUG habe der Gesetzgeber 1997 auch die Programmveranstaltung gemeint, so müsste man ihm unterstellen, er habe dieses Ergebnis bewusst (aber gewissermassen stillschweigend !) gewollt, ohne die verfassungsrechtlichen Vorgaben (die er im RTVG für die SRG-Programme respektiert hat) für diese Programmveranstaltung durch die Swisscom AG erfüllen zu wollen. Ebenso müsste man ihm unterstellen, er habe bewusst (aber ohne es zu sagen) vom Grundentscheid für das Ebenenmodell bzw. die duale Rundfunkordnung abweichen wollen. Es gibt nicht die geringsten Hinweise, die derartige Annahmen rechtfertigen könnten. Auch unter wirtschaftsrechtlichen Aspekten hätte der Gesetzgeber, wenn er dieses Ergebnis gewollt hätte, seinen Willen klar zum Ausdruck bringen und sich dabei auf ein überwiegendes öffentliches Interesse berufen müssen, um der Swisscom AG auch die Veranstaltung von Programmen zu ermöglichen.²⁹ Dies ist offensichtlich nicht geschehen.

Deshalb kann man auch den in der Botschaft zum TUG gemachten und in der parlamentarischen Debatte wiederholten Aussage, der Unternehmenszweck der Swisscom AG sei weit zu verstehen und es seien ihr dieselben Möglichkeiten einzuräumen wie ihren Konkurrenten, nicht die Bedeutung beimessen, der Swisscom AG stünden

²⁴ BBI 1996 III 1405.

²⁵ a.a.O. S. 1453 f.

²⁶ Vgl. <http://www.swisscom.ch/broadcast>.

²⁷ Vgl. <http://www.swisscom.ch/res/tv/index.htm?languageId=de>.

²⁸ Vgl. <http://www.swisscom.ch/res/tv/sender-inhalte/live-events/bestellen/index.htm>.

²⁹ Vgl. oben Ziff. 3.

stets und in jeder Hinsicht dieselben Geschäftsfelder offen wie ihren Konkurrenten. Ein derartiges Verständnis des Geschäftszwecks wäre mit der Konzeption der Swisscom als spezialgesetzliche AG nicht zu vereinbaren. Private Konkurrenten der Swisscom AG (z.B. die Cablecom) können aufgrund ihrer Privatautonomie jederzeit ihr Geschäftsfeld erweitern und z.B. ins Film- oder Sportbusiness einsteigen. Will man die Swisscom AG in jeder Hinsicht gleich behandeln wie ihre Konkurrenten, so gibt es dazu nur einen Weg: ihre vollständige Privatisierung. Solange sie jedoch eine spezialgesetzliche AG (mit mehrheitlicher Beteiligung des Bundes) ist, wird ihr Geschäftsfeld vom Gesetzgeber festgelegt, und bei der Auslegung des Geschäftszwecks sind insbesondere die verfassungsrechtlichen Vorgaben für kommerzielle Tätigkeiten des Staates zu beachten. Diese sprechen eindeutig gegen eine Programmveranstaltung durch die Swisscom AG.

8. Programmveranstaltung als Nebentätigkeit zur Programmverbreitung ?

Nach Art. 3 TUG darf die Swisscom AG neben Fernmelde- und Rundfunkdiensten auch «damit zusammenhängende Produkte und Dienstleistungen» («produits et services connexes») anbieten. Gestützt auf diese Klausel darf die Swisscom AG Fernmeldeapparate verkaufen und reparieren, Internetanschlüsse installieren usw. Ob sie unter diesem Titel auch «Inhalte» (z.B. Filme oder Nachrichten) anbieten darf, ist hingegen fraglich. Fernmelde- und Rundfunkdienste sind Dienste des Transports von elektronischen Signalen. Die (auf den Inhalt bezogene) Produktion dieser Signale überschreitet den eigentlichen Fernmelde- bzw. Rundfunkdienst. Es verhält sich in dieser Hinsicht nicht anders als bei der Post. Die Post kann und soll zwar Pakete befördern, doch erlaubt ihr dies nicht, zugleich mit jedweden Produkten Handel zu treiben, die man in Pakete verpacken kann.³⁰

So betrachtet geht es bei den sog. «Inhalten», welche die Swisscom AG anbietet (z.B. «Video on demand») eigentlich um ergänzende Nebentätigkeiten zu den Fernmelde- bzw. Rundfunkdiensten. Die Diversifikation in solche Dienstleistungen ist nicht zum vorneherein ausgeschlossen, doch muss auch sie sich im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben halten und dem sog. Spezialitätsprinzip Rechnung tragen. Dieses besagt, dass ein einmal geschaffenes öffentliches Unternehmen an den vom Gesetzgeber festgelegten Tätigkeitsbereich gebunden ist.³¹ Vogel³² führt dazu Folgendes aus:

«Nebentätigkeiten von öffentlichen Unternehmen - also Zusatzaktivitäten, die nicht mehr durch den gesetzlichen Hauptzweck abgedeckt sind, sondern einem anderen, vielfach finanziellen Interesse einspringen - sind insbesondere am Spezialitätsprinzip zu messen (*Fn 684, zahlreiche Hinweise*). Das Spezialitätsprinzip ergänzt gleichsam die Prinzipien der Legalität und des öffentlichen Interesses, indem es verhindert, dass sich eine staatliche Organisation bei ihrer Tätigkeit zu weit von der gesetzlich fixierten Aufgabe entfernt.»

Mit Blick darauf, dass sich sog. konnexe Geschäftstätigkeiten (im Sinne der «damit zusammenhängenden Produkte und Dienstleistungen» nach Art. 3 TUG) und Neben-

³⁰ Es ist allerdings einzuräumen, dass die Post sich in dieser Hinsicht nicht an die rechtlichen Grenzen hält, wenn sie in ihrem elektronischen «Postshop» u.a. Toaster und Weingläser verkauft und damit den privaten Versandhandel konkurrenziert. Diese Ausweitung der Geschäftstätigkeit ist denn auch in der Literatur schon verschiedentlich (und mit Recht) kritisiert worden, vgl. Vogel, a.a.O. S. 217 ff.

³¹ Vgl. Uhlmann, Gewinnorientiertes Staatshandeln, 1997, S. 245 ff.

³² a.a.O. S. 162.

tätigkeiten kaum scharf unterscheiden lassen, plädiert Uhlmann³³ für eine Art wirtschaftliche Betrachtungsweise: Solange eine Nebentätigkeit wirtschaftlich unbedeutend sei, sollte man sie noch als im Hauptzweck des Unternehmens eingeschlossen betrachten. Mit dieser Begründung könnte man im Fall der Swisscom AG vielleicht noch die Dienstleistung «Video on demand» rechtfertigen, nicht aber den (indirekten) Erwerb des Teleclubs, weil sich dieses Programm ohne weiteres zu einem Vollprogramm oder einem wirtschaftlich attraktiven Mischprogramm ausbauen liesse.

9. Schlussfolgerung

Eine mehrheitliche³⁴ Beteiligung der Swisscom AG an der X. AG wäre unter dem geltenden Recht unzulässig. Wollte man sie zulassen, müsste das TUG entsprechend angepasst werden. Dabei müssten die verfassungsrechtlichen Vorgaben (Nachweis eines überwiegenden öffentlichen Interesses, Schutzvorschriften zur Gewährleistung der Programmautonomie) beachtet werden.

Einzuräumen ist, dass die vorliegende Beurteilung ein kleines Stück weit die strategischen Ziele in Frage stellt, die der Bundesrat der Swisscom AG für die Jahre 2006-2009 vorgegeben und in der Botschaft zur Privatisierung der Swisscom AG³⁵ (Anhang 1) publiziert hat. Diese strategischen Ziele sind vor ihrer Verabschiedung jedoch keiner rechtlichen Prüfung unterzogen worden, und der Bundesrat hat diese Ziele beinahe im gleichen Zeitpunkt verabschiedet wie die Botschaft zur Privatisierung. Insofern liegt die Annahme nicht fern, der Bundesrat habe diese Ziele eben gerade auch mit Blick auf die Privatisierung der Swisscom AG formuliert. Dass eine privatisierte Swisscom AG eine Mehrheitsbeteiligung der X. AG erwerben könnte, unterliegt keinem Zweifel.

³³ a.a.O. S. 249.

³⁴ Dieses präzisierende Adjektiv ist im Original des Gutachtens versehentlich nicht enthalten.

³⁵ BBI 2006 3763.