

## SRG-Gebühren: Ein zulässiger Hebel ins Internet?<sup>1</sup>

von Christoph Beat Graber und Philipp Zurkinden

### 1. Wo liegt das Problem?

Sind die Internet-Aktivitäten der SRG Teil ihres Leistungsauftrags? Missbraucht die SRG ihre durch das Schweizer Rundfunkrecht vermittelten Privilegien als Hebel, um frühzeitig den sich allmählich etablierenden Markt für Online-Dienste im Internet zu besetzen und ihre Konkurrenz auszuschalten? Das sind Fragen, die nicht nur die etablierten Verleger, sondern auch Start-ups beunruhigen, die neu in den Online-Markt für Medienerzeugnisse einsteigen möchten.

Obwohl SRG-Generaldirektor Armin Walpen nicht müde wird, dies zu bestreiten, kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die SRG beansprucht, die führende Rolle als Schweizer Informationsanbieterin (auch) im Internet zu spielen. Nach der absehbaren Abhalfterung von Swissinfo liegt die operative Führung zur Umsetzung dieser Strategie direkt bei den SRG-Töchtern in den Sprachregionen.<sup>2</sup> Die TSR verfügt bereits heute über eine gut ausgebaute Internet-Plattform mit einem vielfältigen Angebot an Fernseh-, Radio-, und Textbeiträgen zu Politik, Wirtschaft, Sport und Kultur. Unternehmen, welche die Attraktivität dieser Website zur Plazierung von Werbebotschaften nutzen wollen, werden auf die im Vergleich zu anderen Medien günstigen Internet-Werbetarife aufmerksam gemacht.<sup>3</sup> Die TSR weiss um das Potential des sich belebenden Online-Werbemarktes<sup>4</sup> und will diese neue Einnahmequelle nicht der Konkurrenz aus dem Pressebereich überlassen.<sup>5</sup> Kommerzielles Talent beweist auch SF DRS, das auf seiner in starker Expansion begriffenen Website nicht nur Fernsehsendungen und Spielfilme verkauft, sondern auch Plüschtiere, T-Shirts, Taschen und verschiedenste Accessoires mit Music-Star-Logo wie Mützen, Rucksäcke, Keramiktassen etc., etc.<sup>6</sup> Die Verleger beargwöhnen diese Entwicklung und weisen darauf hin, dass sie ihre Internet-Aktivitäten aus dem Markt finanzieren müssen, "während die SRG dank den Gebührengeldern auf grosse Ressourcen zurückgreifen kann."<sup>7</sup> Damit stellen sich Fragen in rundfunkrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Hinsicht.

---

<sup>1</sup> Diese Studie ist im Rahmen des Forschungsprojektes "eDiversity" als Teil des Nationalen Forschungsschwerpunktes "International Trade Regulation" entstanden. Die Autoren danken dem Schweizerischen Nationalfonds und der Stiftung Ecoscientia für finanzielle Unterstützung.

<sup>2</sup> Vgl. auch Alfred Haas, L'appetit de la SSR devant l'Internet se heurte aux éditeurs, in: medialex 2/2005, S. 66.

<sup>3</sup> Vgl. Interview mit Armin Walpen in der Neuen Zürcher Zeitung vom 5. Februar 2005, S. 17.

<sup>4</sup> Im Jahre 2005 sollen die Werbeeinnahmen der Internetportale Google und Yahoo! zusammen zum ersten Mal die kumulierten Werbeeinnahmen der drei US-amerikanischen TV-Networks ABC, CBS und NBC in der Prime Time übertreffen. Vgl. The Economist, Internet advertising: The online ad attack, 28. April 2005, S. 53 f.

<sup>5</sup> Vgl. www.tsr.ch. Gemäss einem Bericht der Neuen Zürcher Zeitung ("Allzu forsche Internet-Aktionen der SRG") vom 5. Februar 2005, S. 13, beweise die TSR mit einer "Internet-Tabelle mit den Werbтарifen" (...), "dass man entschlossen ist, auch auf dem Werbemarkt aufzutreten und Geld auf sich zu ziehen".

<sup>6</sup> Siehe www.sfdrs.ch (besucht am 10.2.2005).

<sup>7</sup> Neue Zürcher Zeitung (Fn. 5).

In rundfunkrechtlicher Hinsicht stellt sich erstens die Frage der Vereinbarkeit solcher Aktivitäten mit dem Service-public-Auftrag der SRG.<sup>8</sup> In diesem Zusammenhang gilt es die Spiegelbildlichkeit von Service-public-Auftrag und Gebührenprivileg zu beachten.<sup>9</sup> Gemäss Art. 17 RTVG (vgl. nun Art. 37 des Entwurfs zum neuen Radio- und Fernsehgesetz [ERTVG]) erhält die SRG den Grossteil der von den Rundfunkkonsumenten zwangsweise zu bezahlenden Empfangsgebühren. Im Gegenzug verpflichtet sie das Schweizer Rundfunkrecht zur Erbringung eines Service public,<sup>10</sup> d.h. zu einem qualitativ hochstehenden und kulturell vielfältigen Angebot von **Rundfunkprogrammen**.<sup>11</sup> Die Ausdehnung gebührenfinanzierter SRG-Aktivitäten in den Bereich des Internet erscheint aus dieser Perspektive als nicht unproblematisch. Das gilt umso mehr, als Art. 93 Abs. 4 BV Radio und Fernsehen dazu verpflichtet, auf die Stellung anderer Medien, vor allem der Presse, Rücksicht zu nehmen.

Zweitens ist in wettbewerbspolitischer Hinsicht zu prüfen, ob die SRG, ihr Gebührenprivileg im Rundfunkmarkt nicht dazu missbraucht, um auf einem nachgelagerten Markt die Konkurrenz auszuschalten. Im Recht der EG wird die Gebührenfinanzierung von Internet-Aktivitäten des öffentlichen Rundfunks nach beihilferechtlichen Kriterien geprüft. Die Europäische Kommission hat in mehreren Verfahren das Online-Angebot von öffentlich-rechtlich finanzierten Rundfunkveranstaltern untersucht: Während das "Digital Curriculum" der BBC gerade noch schlüpfte,<sup>12</sup> verlangte die Kommission von Deutschland, Irland und den Niederlanden die Klärung der Rolle und Finanzierung ihrer Service-public-Veranstalter u.a. im Internetbereich.<sup>13</sup> Da in der Schweiz eine subventionsrechtliche Kontrolle der Internetaktivitäten fehlt, werden wir weiter untersuchen, über welche Handhabe die privaten Rundfunkveranstalter in der Schweiz verfügen, um die SRG auf dem Weg allgemeiner kartellrechtlicher Regeln in die Schranken zu weisen.

## 2. Was können SRG-Konkurrenten tun?

### 2.1. Stand der Diskussion im Rahmen der RTVG-Revision

Die Revision des Radio- und Fernsehgesetzes dauert nun schon rund 7 Jahre. In dieser Zeit hat sich die Bedeutung des Internet radikal gewandelt. Noch vor wenigen Jahren war das Internet für die breite Öffentlichkeit höchstens ein abstrakter Begriff. Das hat sich inzwischen geändert: Heute ist bereits jeder zweite Schweizer ein

<sup>8</sup> Für eine Diskussion solcher Fragen im deutschen Recht vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, *Regulierung der dualen Rundfunkordnung*, Baden-Baden 2000, S. 277 ff.

<sup>9</sup> Christoph Beat Graber, *Rundfunkaufsicht am Scheideweg zwischen "Silicon Valley" und "Durcheinandertal"*, in: *medialex* 3/1996, S. 141 f.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 26 ERTVG und Art. 3 Konzession für die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft, zuletzt geändert am 8. September 2004, BBl 2005, 2687. Art. 93 Abs. 2 BV überträgt der SRG den Service-Public-Auftrag nicht ausdrücklich, sondern implizit. Diese Bestimmung ist in ihrer Formulierung eng an den Text ehemals geltender SRG-Konzessionen angelehnt und wird auch vom Bundesgericht auf die SRG bezogen. Siehe BGE 119 Ib 241, S. 247; vgl. Franz Zeller, *Öffentliches Medienrecht*, Bern 2004, S. 246.

<sup>11</sup> Gemäss Art. 1 Konzession SRG ist sie ermächtigt, "Radio- und Fernsehprogramme, einschliesslich Darbietungen und Informationen, welche in vergleichbarer Weise aufbereitet sind, zu veranstalten." Zum Service-public-Auftrag der SRG vgl. Christoph Beat Graber, (Fn. 9), S. 141 f.; zur politisch-ökonomischen Legitimierung eines rundfunkrechtlichen Service public vgl. Ders., *Handel und Kultur im Audiovisionsrecht der WTO*, Bern 2003, S. 64-69.

<sup>12</sup> Vgl. European Commission, Letter No N 37/2003 - United Kingdom, BBC Digital Curriculum vom 1. Oktober 2003.

<sup>13</sup> Vgl. European Commission, State aid: Commission requests Germany, Ireland and The Netherlands to clarify role and financing of public service broadcasters, in: IP/05/250 vom 3. März 2005.

regelmässiger "Internetuser" und viele Menschen können sich gar nicht mehr vorstellen, in ihrer Arbeit oder in ihrem privaten Leben ohne Internet auszukommen.

Erstaunlich ist, wie lange die Verleger und ihre politische Lobby die SRG-Expansion ins Internet nicht als Problem wahrnahmen. Offenbar hatten diese Kreise die Botschaft vom 18. Dezember 2002<sup>14</sup> zum ERTVG nicht gelesen. Darin analysierte der Bundesrat die Bedeutung des Internet an mehreren Stellen differenziert: Er unterstrich nicht nur die Notwendigkeit, der SRG Entwicklungsmöglichkeiten im Online-Bereich nicht zu verbauen,<sup>15</sup> sondern warnte auch vor davon ausgehenden Gefahren für die anderen Medien.<sup>16</sup> Noch in der nationalrätlichen Beratung des ERTVG im Frühling 2004 sprach bezüglich der Internet-Aktivitäten der SRG kein Politiker von einem Problem. Der Nationalrat fand es denn auch nicht nötig, den SRG-Spielraum im Internet auf Gesetzesebene **verbindlich** zu regeln. Im Zusammenhang der Regeln zur Werbung schuf er immerhin einen neuen Abs. 3 zu Art. 16 ERTVG. Darin übertrug er dem Bundesrat die Kompetenz, der SRG Werbung im Rahmen ihrer aus Gebühren finanzierten Aktivitäten im "übrigen publizistischen Angebot", d.h. unter anderem im Internet, **im Bedarfsfall** ganz oder teilweise zu untersagen.<sup>17</sup>

Als sich der Ständerat im Frühling 2005 dann als Zweitrat über das neue RTVG beugte, war das Thema plötzlich heiss und mehrere Ratsmitglieder warnten nun vor Wettbewerbsverzerrungen durch SRG-Aktivitäten im Internet. Offenbar gelang es dem Chefredaktor von SF DRS mit einer Äusserung, wonach SF DRS zum führenden Internet-Portal werden wolle, die Verleger und die ihnen holden Politiker aufzuschrecken. Einen radikalen Antrag von Ständerat Germann, der der SRG in ihrem "übrigen publizistischen Angebot" Werbung und Sponsoring ganz verbieten wollte, lehnte der Ständerat zwar ab.<sup>18</sup> Indessen hielt der Rat an Art. 32 ERTVG fest, der dem Departement die Möglichkeit gibt, die SRG im Bereich ihrer "nicht konzessionierten Tätigkeiten" zu disziplinieren.<sup>19</sup> Art. 32 Abs. 2 sieht vor, dass das Departement solche Tätigkeiten unterbinden kann, wenn sie die Erfüllung des Programmauftrags beeinträchtigen oder den Entfaltungsspielraum anderer Medien erheblich beschränken. Ständerat Büttiker führte aus, Artikel 32 wolle verhindern, dass die der SRG im Radio- und Fernsehbereich zugebilligte Stärke "in Nachbarmärkten wie Internet, Print, Film usw. zum Nachteil privater Unternehmen der Schweizer Medienbranche zu unerwünschten Kollateralschäden führt."<sup>20</sup> Nicht geklärt wurden in den Beratungen aber die zentralen Fragen, wie mit Blick auf die Formulierung der neuen SRG-Konzession beim Internetauftritt der SRG das "übrige

<sup>14</sup> Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002, BBl 2003, 1569 (hiernach: Botschaft RTVG).

<sup>15</sup> Botschaft RTVG, insbesondere S. 1604 und S. 1609.

<sup>16</sup> Botschaft RTVG, S. 1693.

<sup>17</sup> Zur Unterscheidung zwischen "übrigem publizistischem Angebot" und "nicht konzessionierten Tätigkeiten" im ERTVG vgl. Abschnitt 3.2 hiernach.

<sup>18</sup> Bundesrat Leuenberger war der Ansicht, das der Antrag Germann zwar schon ein Problem anspreche, aber eines, das im Entwurf bereits thematisiert sei: "Nach unserer Idee können die Werbung und das Sponsoring im ausserprogrammlichen Bereich wegen der Wettbewerbsverzerrungen zulasten anderer Veranstalter tatsächlich problematisch sein. Deswegen sehen wir auch vor, dass der Bundesrat eingreifen kann, und zwar kann er auch mit Verboten eingreifen (...). Er kann bis zur Ultima Ratio gehen. Bloss haben wir die Kann-Formulierung gewählt - weil wir etwas flexibel sein wollen, wie gesagt worden ist, denn wir wissen nicht genau, wie die entsprechende Entwicklung vor sich gehen wird -, während der Antrag Germann eine Guillotine ist." AB 2005 S 66.

<sup>19</sup> Vgl. auch Haas (Fn. 2), S. 66 f.

<sup>20</sup> AB 2005 S 77.

publizistische Angebot" zu definieren und wie die Grenze zu den "nicht konzessionierten Tätigkeiten" zu ziehen ist.

Um die Online-Aktivitäten der SRG ging es auch bei der Besprechung des Abschnitts Organisation und Finanzierung der SRG.<sup>21</sup> Der Ständerat stimmte einem neuen Art. 38 Abs. 1<sup>bis</sup> ERTVG zu, der die SRG verpflichtet, ihren Gebührenanteil ausschliesslich zur Deckung des Aufwandes zu verwenden, der sich aus der Veranstaltung des Radio- u. TV-Programms und des übrigen publizistischen Angebots ergibt. Auch hier wurde die Frage nicht geklärt, welche Online-Aktivitäten der SRG noch zum "übrigen publizistischen Angebot" gehören und welche nicht mehr. Zustimmung fand ebenfalls ein neuer Art. 39 Abs. 1<sup>bis</sup>, der die SRG dazu verpflichtet, über gebührenunterstützte und nicht gebührenunterstützte Tätigkeiten getrennte Rechnungen zu führen.<sup>22</sup> Ständerat Escher erläuterte, dass damit der SRG die Quersubventionierung verboten werden solle<sup>23</sup> und Bundesrat Leuenberger unterstrich, dass die SRG-Töchter von der staatlichen Finanzaufsicht nicht ausgenommen werden dürften: "Es besteht bei der SRG eine Tendenz zur Auslagerung von Aktivitäten aus dem Stammhaus. (...) Die Gebührenzahlenden haben einen Anspruch darauf, dass ihr Geld wirtschaftlich und zweckmässig verwendet wird."<sup>24</sup>

## 2.2 Beihilferecht

Die Frage, inwiefern die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter auch deren Internet-Tätigkeiten einschliessen darf, wird im EU-Raum nach den einschlägigen beihilferechtlichen Vorschriften geprüft. Wie einleitend erwähnt hat die Europäische Kommission im Frühling 2005 Deutschland, Irland und die Niederlande aufgefordert, Klarstellungen zur Rolle und Finanzierung ihrer öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter zu liefern, um deren Vereinbarkeit mit Art. 87 EG-V (i. V. mit Art. 86 EG-V) prüfen zu können. Gemäss dieser Vorschrift sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen unzulässig, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen EU-Staaten beeinträchtigen. Nicht im Wege stehen die EG-Beihilferegeln freilich einer Subventionierung von Aufgaben, die sich aus dem Grundversorgungsauftrag öffentlich-rechtlicher Rundveranstalter ergeben. Verboten ist nach Art. 87 EG-V hingegen die finanzielle Unterstützung von Tätigkeiten, die nicht im Zusammenhang mit dem Grundversorgungsauftrag stehen.

Die Beihilfavorschriften der Europäischen Gemeinschaft stellen nicht a priori in Frage, dass Internet-Aktivitäten Teil des Grundversorgungsauftrages bilden können. Sie verlangen aber, dass der Umfang dieser Tätigkeiten und deren Finanzierung von den Mitgliedstaaten präzise geregelt werden. In diesem Sinne hat die Europäische Kommission im Rahmen der oben erwähnten Intervention von den drei Mitgliedstaaten Folgendes verlangt:

- Eine klare und präzise Umschreibung des Grundversorgungsauftrags;

---

<sup>21</sup> AB 2005 S 82.

<sup>22</sup> AB 2005 S 84.

<sup>23</sup> Ständerat Escher, AB 2005 S 81: "Die SRG erhält Gebühren. Sie nimmt gebührenunterstützte und nicht gebührenunterstützte Tätigkeiten vor. Mit Abs. 1<sup>bis</sup> wird der SRG die Quersubventionierung zwischen diesen beiden Tätigkeiten untersagt, nämlich Empfangsgebührengelder für nicht gebührenunterstützte Tätigkeiten zu nutzen."

<sup>24</sup> Bundesrat Leuenberger, AB 2005 S 82.

- Führung getrennter Bücher für Tätigkeiten im Rahmen des Grundversorgungsauftrags und sonstiger Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Veranstalter;
- Einrichtung geeigneter Mechanismen, um Überkompensationen der Tätigkeiten im Rahmen des Grundversorgungsauftrags zu verhindern.

Weil das Schweizer Recht solche Beihilferegeln nicht kennt<sup>25</sup> und das Subventionsgesetz des Bundes nicht zur Anwendung kommt,<sup>26</sup> untersteht die öffentlich-rechtliche Umschreibung und Finanzierung des Service public in der Schweiz keiner derartigen Oberaufsicht. In dem sich hier stellenden Problembereich könnte wettbewerbsrechtliche Hilfe höchstens vom Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG)<sup>27</sup> erhofft werden. Mit den Instrumenten des Kartellgesetzes lassen sich wirksam lediglich Wettbewerbsverstösse von **Unternehmen** bekämpfen; Wettbewerbsverstösse, die von staatlicher Seite ausgehen, werden davon hingegen nicht erfasst.

Der dem schweizerischen Kartellgesetz zugrunde liegende Unternehmensbegriff ist allerdings weit gefasst. Er umfasst gemäss Art. 2 KG sowohl Unternehmen des privaten als auch solche des öffentlichen Rechts. Als Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB, der mit einem Service-public-Auftrag betraut ist, fällt die SRG somit ebenfalls unter das KG.<sup>28</sup>

Art. 3 Abs. 1 KG schliesst die Anwendung des KG freilich dann aus, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften bestehen, welche das Wettbewerbsverhalten der betreffenden Unternehmen vorbestimmen:

- „<sup>1</sup> Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften:
- a. die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen;
  - b. die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.“

Im hier interessierenden Fall ist das KG folglich dort nicht anwendbar, wo das RTVG das Verhalten der SRG im Rahmen ihres Service-public-Auftrags öffentlich-rechtlich determiniert und insoweit den Wettbewerb ausschliesst. Der Ausschluss des Wettbewerbs muss allerdings als gesetzgeberischer Wille klar erkennbar sein; die Wettbewerbskommission (Weko) hat diesbezüglich bisher hohe Anforderungen gestellt bzw. Art. 3 Abs. 1 KG restriktiv ausgelegt. Sie wurde in dieser Praxis jeweils auch von den Rechtsmittelinstanzen bestätigt.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Die einzige Ausnahme ist das bilaterale Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU vom 21. Juni 1999, dessen Art. 12 und 13 die Art. 86 und 87 EG-V wortwörtlich übernommen haben. Weiterführend hierzu Philipp Zurkinder/Eva Scholten, State Aid in Switzerland in the Context of the Bilateral Air Transport Agreement, in: European State Aid Law Quarterly 2/2004, Berlin, S. 217 ff.

<sup>26</sup> Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz), SR 616.1.

<sup>27</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6.10.1995 (SR 251). Als bisher erschienene umfassende Kommentierungen zum revidierten KG sind zu nennen: Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005 und Philipp Zurkinder/Hans Rudolf Trüb, Das neue Kartellgesetz – Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004.

<sup>28</sup> Die schweizerische Wettbewerbskommission hat in der Vergangenheit denn auch schon Verfahren gegen die SRG geführt, so jüngst von 2002 bis 2004 eine sog. Vorabklärung i. S. tpc (Schlussbericht nicht veröffentlicht).

<sup>29</sup> Vgl. etwa den Entscheid der Rekurskommission in Wettbewerbsfragen (Reko) i. S. Mobilfunk, RPW 2004/1, S. 204 ff., oder den Entscheid des Bundesgerichts i. S. Freiburger Elektrizitätswerke, RPW 2003/4, S. 925 ff.

Wie das auf private Wettbewerbsbeschränkungen gerichtete EG-Wettbewerbsrecht basiert auch das schweizerische KG auf drei Hauptpfeilern:

- 1) der Kontrolle von Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG);
- 2) der Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG);
- 3) der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 9 ff. KG).

Als einziger möglicher Tatbestand kommt hier Art. 7 KG in Frage.

### **2.3 Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG)**

Die Kontrolle von Verhaltensweisen von Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung wird in Art. 7 KG geregelt. Als marktbeherrschend gelten gemäss dem revidierten Art. 4 Abs. 2 KG einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Definition entspricht damit grundsätzlich derjenigen, welche sich in der Praxis zum EG-Wettbewerbsrecht herausgebildet hat.

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Zu den unzulässigen Verhaltensweisen gehören nach Art. 7 Abs. 2 unter anderem die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. Liefer- oder Bezugssperren), die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen bzw. sonstigen Geschäftsbeziehungen oder die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen. Da die Liste nicht abschliessend ist, besteht kein Numerus clausus für unzulässige Verhaltensweisen. Sowohl der Grundsatz des Missbrauchs als auch die Beispieltatbestände entsprechen dem EG-Kartellrecht.

Gemäss Praxis sowohl der schweizerischen als auch der EG-Wettbewerbsbehörden ist Identität des Marktes, auf dem die beherrschende Stellung besteht, und desjenigen, auf dem der Missbrauch stattfindet, nicht erforderlich. Es muss aber ein funktionaler Zusammenhang zwischen diesen beiden Märkten bestehen.

Da mit Bezug auf den vorliegend zu behandelnden Sachverhalt eine marktbeherrschende Stellung der SRG auf den betroffenen Internet-Märkten wohl verneint werden muss, ist somit abzuklären, ob die SRG auf Märkten beherrschend ist, die mit den betroffenen Internet-Märkten in einem funktionalen Zusammenhang stehen. Ist ein solcher Markt gefunden, so muss die Frage beantwortet werden, ob die Finanzierung des Einstiegs der SRG in die Internet-Märkte einen Missbrauch bedeutet. Als Richtschnur der Beurteilung kann hier die Praxis der Weko herangezogen werden, die Quersubventionierungen innerhalb von Grossunternehmen grundsätzlich als missbräuchliche Verhaltensweisen ansieht.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Im Schlussbericht zur Vorabklärung i. S. „Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo“ (RPW 2000/1, S. 8 ff.) hat die Weko die Frage der Marktbeherrschung der SRG auf dem Markt für im Fernsehen ausgestrahlte Konsumenteninformationen offen gelassen und eine Quersubventionierung von saldo (Printmedium) durch die SRG verneint (Rz. 10 f. bzw. 16 ff.).

Ausgehend von der Prämisse, dass die wettbewerbsverzerrende Finanzierung einer Markt­­tätigkeit mit Mitteln aus einer Monopoltätigkeit kartellrechtlich bedenklich ist, besteht - ähnlich wie im EU-Raum im Zusammenhang mit der Anwendung von Beihilferegeln - auch hier die zentrale und umstrittene Frage darin, ob die Finanzierung der Internet-Tätigkeiten vom rundfunkrechtlichen Grundversorgungsauftrag (bzw. in schweizerischer Terminologie: Service-public-Auftrag) umfasst wird. Im Unterschied zur EU bzw. ihren Mitgliedstaaten wird in der Schweiz indessen der Service-public-Auftrag vom Gesetzgeber autonom bestimmt. Er tut dies im Rahmen der verfassungsrechtlichen Ordnung mit der entsprechenden Ausgestaltung des RTVG und der darauf basierenden Konzession. Insoweit diese Vorschriften dem Wettbewerb keinen Freiraum belassen, ist das KG aufgrund von dessen Art. 3 Abs. 1 nicht anwendbar.

Als vorläufiges Zwischenfazit kann somit festgehalten werden, dass der Tatbestand von Art. 7 KG dann als erfüllt gelten dürfte, wenn die gebührenfinanzierte Internet-Tätigkeit der SRG durch das RTVG bzw. die Konzession der SRG nicht gedeckt ist (Art. 3 Abs. 1 KG) und diese Tätigkeit andere Wettbewerber oder die Marktgegenseite benachteiligt.

### 3. Wie viel Freiraum lässt das RTVG dem Markt?

Um beantworten zu können, inwiefern der ERTVG das Prinzip des freien Marktes und damit das KG gelten lässt, müssen die Vorschriften zum Geltungsbereich des Rundfunkrechts und zum Service-public-Auftrag der SRG analysiert werden.

#### 3.1 Zum Geltungsbereich des RTVG

Der Geltungsbereich des ERTVG ergibt sich in erster Linie aus dem Programmbegriff.<sup>31</sup> Im Unterschied zum alten RTVG, das Rundfunk hauptsächlich technisch definierte,<sup>32</sup> knüpft das revidierte Gesetz bei der **publizistischen Relevanz** elektromagnetisch verbreiteter Signale an.<sup>33</sup> Als Rundfunk gelten gemäss Art. 2 ERTVG Sendungen, die an die Allgemeinheit gerichtet sind, durch den Veranstalter zusammengestellt, zeitlich angesetzt und grundsätzlich der Veränderung durch das Publikum entzogen sind.<sup>34</sup> Im Zentrum dieses publizistischen Rundfunkbegriffs stehen neben der "Breitenwirkung und Suggestivkraft" der verbreiteten Inhalte, auch die Bedingungen ihrer Nutzung.<sup>35</sup> Inhalte, die über das Internet verbreitet werden, fallen folglich dann unter das RTVG, wenn sie publizistisch relevant sind.<sup>36</sup> Umgekehrt wären über Internet verbreitete Programme dann nicht als Rundfunk zu qualifizieren, wenn sie "aus technischen Gründen und mangels Empfangsqualität keine Massenattraktivität zu entfalten vermögen".<sup>37</sup> Falsch wäre es, daraus schliessen zu wollen, dass Internet-Aktivitäten der SRG, denen die verlangte publizistische Relevanz fehlt, vom RTVG nicht erfasst werden. Das (neue wie das alte) RTVG ist nicht nur Rundfunkgesetz, sondern gleichzeitig

<sup>31</sup> Botschaft RTVG, S. 1598.

<sup>32</sup> Das alte RTVG kannte keine Legaldefinition des Rundfunkbegriffs. Martin Dumermuth, Rundfunkrecht, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Informations- und Kommunikationsrecht, Rn. 34. Faktisch wurde Rundfunk von Telekommunikation auf der Ebene einer Unterscheidung von "point-to-multipoint"- im Unterschied zu "point-to-point"-Kommunikation abgegrenzt. Vgl. Art. 2 RTVG.

<sup>33</sup> Unerheblich für die Anwendbarkeit des neuen RTVG ist grundsätzlich die Infrastruktur, welche für die Verbreitung von Programmen eingesetzt wird. Botschaft RTVG, S. 1598.

<sup>34</sup> A.a.O. Teletext beispielsweise fällt nicht mehr unter diesen enger gefassten Rundfunkbegriff.

<sup>35</sup> A.a.O.

<sup>36</sup> A.a.O.

<sup>37</sup> A.a.O.

auch so etwas wie ein SRG-Unternehmensgesetz. Das heisst, fehlende publizistische Relevanz vermag Internet-Aktivitäten nur bei unabhängigen Anbietern vom Geltungsbereich des RTVG auszuschliessen, nicht aber bei der SRG. Das revidierte RTVG unterstellt die SRG nicht nur hinsichtlich der Veranstaltung eigentlicher Radio- und Fernsehprogramme, sondern auch bezüglich ihres konzessionierten "übrigen publizistischen Angebots"<sup>38</sup> und ihrer "nicht konzessionierten Tätigkeiten"<sup>39</sup> seinem Geltungsbereich.

### 3.2 Zum Service-public-Auftrag der SRG

Art. 93 Abs. 2 BV ist als Auftrag an den Gesetzgeber zu verstehen, die Schweizer Rundfunkordnung so auszugestalten, dass sie in ihrer Gesamtheit einen publizistischen Leistungsauftrag erfüllt.<sup>40</sup> Wie die Botschaft zum revidierten RTVG zum Ausdruck bringt, soll im Zentrum einer verfassungskonform gestalteten Rundfunkordnung die Erfüllung eines Service public stehen, weil "gerade für ein mehrsprachiges, gesellschaftlich und konfessionell heterogenes Land wie die Schweiz (...) eine funktionierende Kommunikation in den elektronischen Medien von existenzieller Bedeutung" ist.<sup>41</sup> Angesichts der Besonderheiten des Schweizer Rundfunkmarktes<sup>42</sup> und in der Absicht, die vorhandenen finanziellen Ressourcen zu bündeln, soll der Service public auch in Zukunft durch ein einziges Unternehmen, die SRG, erfüllt werden.<sup>43</sup> Der ERTVG beschränkt den Service public nicht auf Informations-, Bildungs- und Kulturprogramme, sondern fasst ihn weit. Darunter fallen auch massenattraktive Fernsehsendungen, die dazu dienen, die für einen nationalen Veranstalter mit Integrationsfunktion<sup>44</sup> notwendige Publikumsbindung herzustellen.<sup>45</sup>

Der ERTVG nun trägt den durch das Internet veränderten Rahmenbedingungen insofern Rechnung, als er den Spielraum der SRG im Vergleich zum alten Recht einschränkt bzw. präziser definiert. Zu diesem Zweck unterscheidet der ERTVG zwischen "publizistischen Programmen im eigentlichen Sinne" (d.h., den Radio- und Fernsehsendungen), dem "übrigen publizistischen Angebot" und den "nicht konzessionierten Tätigkeiten". Zentrale Bedeutung kommt der Unterscheidung zwischen konzessionierten und nicht konzessionierten SRG-Tätigkeiten zu, weil die SRG lediglich den erstgenannten Bereich aus Gebührengeldern finanzieren darf. Wie bereits erwähnt, bestimmt Art. 38 Abs. 1<sup>bis</sup> ERTVG, dass die SRG ihren

<sup>38</sup> Art. 27 Abs. 3 lit. b ERTVG.

<sup>39</sup> Art. 32 ERTVG.

<sup>40</sup> Herbert Burkert, Art. 93 BV, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.). Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, Rn. 5; Zeller (Fn. 10), 237 f.; Dumermuth (Fn. 32), Rn. 51.

<sup>41</sup> Botschaft RTVG, S. 1593.

<sup>42</sup> Stichworte sind: Kleine, sprachlich segmentierte Märkte mit einem stark auslandorientierten Publikum und einer hohen Präsenz ausländischer Veranstalter. Vgl. dazu ausführlich Martin Dumermuth, Medienregulierung im öffentlichen Rundfunk in: H. Abele/H. Fünfgeld/A. Riva (Hrsg.), Werte und Wert des öffentlichen Rundfunks in der digitalen Zukunft, Potsdam 2001, S. 60-65.

<sup>43</sup> Vgl. dazu ausführlich Botschaft RTVG, S. 1593 ff. Die Tatsache, dass im Rahmen des Gebührensplittings nun auch Service-public-Leistungen privater Veranstalter finanziell honoriert werden sollen, vermag an dieser Grundsatzentscheidung nichts Wesentliches zu ändern.

<sup>44</sup> Zur Integrationsfunktion vgl. grundlegend Thomas Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, Baden-Baden 1997, S. 140 ff.; zur Situation in der Schweiz vgl. Dumermuth (Fn. 42), S. 60-65.

<sup>45</sup> "Die Kombination von massenattraktiven Sendungen, wie etwa Sportübertragungen oder Spielfilmen, mit Kernelementen des Service public im Rahmen des Gesamtangebots der SRG kreiert eine 'publizistische Identität' von hohem staatspolitischem Wert für unser Land und die einzelnen Sprachregionen. Die Ausstrahlung massenattraktiver Sendungen dient ferner der Bindung des Publikums an das Gesamtprogramm und verhilft so quasi als Steigbügel auch Nischensendungen zu gesteigerter Resonanz." (Botschaft RTVG, S. 1602 ff.).

Gebührenanteil ausschliesslich zur Deckung des Aufwandes nutzen darf, der sich aus der Erfüllung des Programmauftrags und der Veranstaltung des übrigen publizistischen Angebots ergibt. Der durch Gebühren finanzierbare Tätigkeitsbereich wird in der SRG-Konzession umschrieben.<sup>46</sup> Ausserhalb des konzessionierten Bereichs muss die SRG nicht nur auf Gebührengelder verzichten, sondern sie ist durch das RTVG auch in ihrem Tätigkeitsfeld stark eingeschränkt: Gemäss Art. 32 ERTVG<sup>47</sup> untersteht sie nämlich diesbezüglich einer Meldepflicht an das Departement, und dieses kann solche Tätigkeiten einschränken, sofern sie die Erfüllung des Programmauftrags beeinträchtigen oder den Entfaltungsspielraum anderer Medienunternehmen erheblich beschränken.<sup>48</sup>

In der Frage des Online-Angebots der SRG zeigt sich, dass diese Gesetzesarchitektur der SRG-Konzession eine zentrale Stellung einräumt. Das ist verfassungsrechtlich nicht unbedenklich, weil damit Entscheidungen, die für die Grundrechtsausübung privater Rundfunkveranstalter<sup>49</sup> höchst bedeutsam sind, nicht vom Gesetzgeber, sondern von der Exekutive getroffen werden.

### 3.3 Was darf die SRG im gebührenfinanzierten Bereich?

Für die Beantwortung dieser Frage ist von Art. 38 Abs. 1<sup>bis</sup> ERTVG auszugehen, der - wie bereits erwähnt - sinngemäss bestimmt, dass die SRG ihren Gebührenanteil ausschliesslich zur Deckung des Aufwandes nutzen darf, der sich aus der Erfüllung **konzessionierter** Tätigkeiten ergibt. Einmal mehr wird damit die zentrale Bedeutung der SRG-Konzession im hier interessierenden Problembereich sichtbar.

Die Konzession wird nach herrschender Auffassung als ein gemischter Verwaltungsakt verstanden, der aus einem vertraglichen und einem verfügungsrechtlichen Teil besteht.<sup>50</sup> Diese Konstruktion ist hier nicht unproblematisch, weil sie die SRG - angesichts der durch das RTVG weit gefassten Kompetenzdelegation zu Gunsten des Bundesrates - zumindest teilweise in Lage versetzt, mit jenem auszuhandeln, welche ihrer Internetaktivitäten von der Konzession gedeckt sind. Angesichts der geschützten Verfassungsrechte privater Medienunternehmen, die hier - wie erwähnt - tangiert sind, ist das unbefriedigend.

Ratsam wäre es, der Meinung Fritz Gygis zu folgen, der die Konzession - von der herrschenden Lehre abweichend - als mitwirkungsbedürftige Verfügung definiert und

<sup>46</sup> Art. 27 Abs. 3 lit. b ERTVG schreibt vor, dass der Umfang des "übrigen publizistischen Angebots, das zur Erfüllung des Programmauftrags auf sprachregionaler, nationaler und internationaler Ebene notwendig ist und aus den Empfangsgebühren finanziert wird" durch die SRG-Konzession bestimmt wird.

<sup>47</sup> Art. 32 regelt die "nicht konzessionierten Tätigkeiten" als Auffangbestimmung; d.h. darunter fallen alle Tätigkeiten, die weder Rundfunk im eigentlichen Sinne noch übriges publizistisches Angebot sind.

<sup>48</sup> Zu beachten ist, dass das Departement von sich aus intervenieren kann. Art. 32 Abs. 2 setzt für eine Intervention des Departements keine Meldung voraus. Die nach Abs. 1 geregelte Meldepflicht ist bloss eine faktische Hilfe zur Prüfung einer Intervention.

<sup>49</sup> Die in Art. 17 BV geschützte Medienfreiheit fungiert als grundrechtliche Garantie von Presse, Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen. Vgl. Herbert Burkert, Art. 17 BV, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.). Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002; Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Art. 17, Zürich etc. 2003; René Rhinow, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel etc. 2003, S. 260-263; Andreas Kley, Die Medien im neuen Verfassungsrecht, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung: Berner Tage für die juristische Praxis BTJP 1999, Bern 2000, S. 183 ff.

<sup>50</sup> Dumermuth (Fn. 32), Rn. 130 mit Verweisen auf die einschlägigen Lehrmeinungen.

damit den Einfluss der Konzessionärin stark einschränkt.<sup>51</sup> Diese Lösung würde es dem Bundesrat als Konzessionsbehörde erlauben, seine durch die Gesetzesarchitektur vermittelte zentrale medienpolitische Machtposition effektiv auszufüllen und der SRG klare Vorgaben insbesondere hinsichtlich der ihr zustehenden Online-Kompetenzen zu machen. Auf diese Weise scheint uns die verfassungsrechtlich anzustrebende Balance zwischen den Zielen von Art. 93 Abs. 2 BV (Leistungsauftrag der SRG) und Art. 93 Abs. 4 BV (Rücksichtnahme auf andere Medien) am besten herstellbar.<sup>52</sup> Zudem würde diese Konstruktion das Moment noch verstärken, dass die Konzession ein recht flexibles Steuerungsinstrument ist, da sie im Falle veränderter Verhältnisse relativ kurzfristig angepasst werden kann.

Wenn wir mit dem Inkrafttreten des revidierten RTVG für Anfang 2007 rechnen, so wird die neue SRG-Konzession nicht vor Ende 2008 oder Anfang 2009 vorliegen. In der Zwischenzeit wird die bestehende Konzession weitergelten.<sup>53</sup> Diese enthält keine für den Online-Bereich spezifischen Vorgaben. Art. 10 Abs. 3 Konzession SRG bestimmt lediglich, dass die SRG den ihr zugewiesenen Gebührenanteil zur Deckung des Aufwandes verwendet, der durch die Veranstaltung ihrer Programme verursacht wird. Wie aus Art. 1 hervorgeht, liegt der bestehenden Konzession ein weiter Programmbegriff zugrunde: Gemäss Art. 1 Abs. 1 gehören dazu zunächst die klassischen Radio- und Fernsehprogramme. Ferner fallen auch Darbietungen und Informationen darunter, die wie Programme aufbereitet sind. Solche darf die SRG jedoch nur unter der Voraussetzung einer speziellen Bewilligung des Departements erbringen (Art. 1 Abs. 2). Vor allem im Verhältnis der SRG zu den übrigen Medien hat sich gezeigt, dass diese Programmdefinition zu wenig bestimmt ist. Expansive Tendenzen der Konsumentensendung "Kassensturz" gaben schon vor dem Internetzeitalter Anlass zu rundfunkrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Verfahren. Auf der Erfolgswelle hoher Einschaltquoten reitend stiegen die "Kassensturz"-Macher Mitte der 1990er Jahre in den Pressemarkt ein und lancierten zum Leidwesen von Konsumentenschutzverbänden die Konsumentenzeitschrift "K-Tip".<sup>54</sup> Nach dem Abschied von "K-Tip" ging "Kassensturz" eine enge Zusammenarbeit mit "saldo" ein, die wiederum 2000 zu einer rundfunkrechtlichen Verurteilung<sup>55</sup> der SRG führte und eine Vorabklärung der Weko auslöste.<sup>56</sup> Die Zusammenarbeit bestand darin, dass "saldo" ein Fenster mit fünf speziell

<sup>51</sup> Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 204.

<sup>52</sup> Vgl. dazu auch Dumermuth (Fn. 42), S. 97.

<sup>53</sup> Konzession für die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft, zuletzt geändert am 8. September 2004, BBl 2005, 2687. Gemäss Art. 19 Abs. 2 gilt die SRG-Konzession bis zum 31. Dezember 2008 (vgl. Änderung vom 30. Oktober 2002, BBl 2003, 32).

<sup>54</sup> Vgl. den aus einem Gutachten zu diesem Streit herausgewachsenen Aufsatz von Denis Barrelet, *Les activités de la SSR dans le domaine de la presse écrite périodique*, in: *medialex* 1/1996, S. 26 ff., der die problematische SRG-Expansion in den Printbereich grundlegend analysierte. Als Voraussetzung der Zulässigkeit solcher Aktivitäten forderte Barrelet einen direkten Bezug zur Funktion der SRG als Programmveranstalterin. Entsprechend seien Aktivitäten, die der Umsetzung dieses Auftrags dienen, durch die Konzession gedeckt, während Tätigkeiten, die andere, insbesondere kommerzielle Zwecke verfolgten, nicht darunter fallen. So sei grundsätzlich die Information des Publikums über SRG-Sendungen nur dann von Konzessionsvorgaben gedeckt, wenn sie nicht bereits auf anderen Wegen erfolgte und wenn sie für das Publikum notwendig sei. Ebenso seien Werbemassnahmen für Sendungen der SRG nur punktuell zulässig, um Bindungswirkungen für die betreffende Sendung zu erzeugen. Grosse Bedenken hegte Barrelet auch gegenüber SRG-Werbung zum Verkauf von Produkten Dritter.

<sup>55</sup> Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 10. März 2000 (VPB 64/2000, Nr. 121, kommentiert von Christoph Beat Graber in: *medialex* 2001, 50 f.), worin die UBI die Zusammenarbeit zwischen der Sendung "Kassensturz" und dem Konsumentenmagazin "saldo" als unzulässige Schleichwerbung beurteilte.

<sup>56</sup> Siehe dazu oben, Fn. 30.

gekennzeichneten Seiten für vertiefende Berichte zu "Kassensturz"-Themen bereitstellte und der "Kassensturz" als Gegenleistung die Zeitschrift während und nach der Sendung häufig erwähnte.

Angesichts der gewachsenen Bedeutung der SRG-Konzession als zentrales medienpolitisches Gestaltungsinstrument und unter gebührender Rücksichtnahme auf die (verfassungsrechtlich) geschützte Position der privaten Medienunternehmen ist zu fordern, dass die neue SRG-Konzession die Kompetenzen der SRG insbesondere im Online-Bereich präziser fasst, als das unter der alten Konzession der Fall war.

Einer Typisierung von Hoffmann-Riem<sup>57</sup> folgend betreffen Online-Tätigkeiten von Rundfunkveranstaltern drei Nutzungsarten:

- 1) Nutzung des Internet für Webcasting oder Simulcasting (Verbreitung oder Weiterverbreitung von Rundfunksendungen im Internet);
- 2) Nutzung des Internet als Annexdienst zu den eigentlichen Radio- und Fernsehprogrammen;
- 3) Nutzung des Internet zur Verbreitung neuartiger, speziell entwickelter Programminhalte.

Mit Blick auf die Gestaltung der neuen SRG-Konzession unproblematisch sind unseres Erachtens Webcasting und Simulcasting, weil das Internet hier lediglich als zusätzliche technische Plattform zur Verbreitung oder Weiterverbreitung von Rundfunksendungen dient und eine Gefährdung der Rechtstellung anderer Medien dabei nicht ersichtlich ist. Differenzierter sind die Annexdienste zu beurteilen: Auszugehen ist hier von der Überlegung, dass die SRG ihrer Funktion als Schweizer Service-public-Veranstalter nur dann gerecht wird, wenn ihre Programme Breitenwirkung entfalten und das Publikum zu binden vermögen. Aus einer derart funktionsbezogenen Perspektive erscheinen uns ergänzende Informationen als zulässig, sofern sie in direktem Bezug zu ausgestrahlten Programmen stehen und für das Publikum notwendig sind (z.B. Angaben zu Protagonisten einer Sendung oder Hinweise auf kommende Sendungen zum Thema etc.). Ein Grenzfall ist das Merchandising: Als zulässig erachten wir die eingangs erwähnten Accessoires mit Music-Star Logo, solange damit Publikumsbindung gesucht und nicht ein eigenständiges Geschäftsfeld eröffnet werden soll.<sup>58</sup> Überschritten wäre die Grenze jedoch bei den "berühmten" Pfannen und Töpfen, welche die ARD bzw. der Westdeutsche Rundfunk auf ihren Webpages verscherbelten.<sup>59</sup>

Kritisch scheint uns die dritte Nutzungsart, weil es hier nicht mehr um das Programmangebot i.e.S. geht und die Grenze zwischen dem "übrigen publizistischen Angebot" und den "nicht konzessionierten Tätigkeiten" im Sinne von Art. 32 ERTVG nicht leicht zu ziehen ist. Auch hier scheint uns ein funktionsbezogener Ansatz sinnvoll, wie er auch die bundesrätliche Botschaft prägt. Gemäss Botschaft gehören publizistische Internet-Tätigkeiten insoweit zum Programmauftrag der SRG und damit zum konzessionierten Bereich, als solche für ihre Wettbewerbsfähigkeit insbesondere gegenüber den ausländischen Wettbewerbern und zur Erfüllung ihres

<sup>57</sup> Hoffmann-Riem (Fn. 8), S. 234.

<sup>58</sup> Damit bewegen wir uns auf der Ebene dessen, was die Aufsichtsbehörden schon vor dem Internetzeitalter tolerierten. Vgl. Dumermuth (Fn. 42), S. 92.

<sup>59</sup> Vgl. Hendrik Kafsack, ARD und ZDF online. Trommeln reicht nicht, in: FAZ.Net - Feuilleton vom 15. Februar 2005 (verfügbar unter [www.faz.net](http://www.faz.net)).

Programmauftrags nötig sind.<sup>60</sup> Nicht verwehren will die Botschaft der SRG auch die Möglichkeit, mit Internet-Tätigkeiten wie z.B. Spielfilmen "on demand" oder e-Commerce-Angeboten die "Auslastung der teuren Infrastruktur und eine sinnvolle Zweitnutzung von aufwändig produzierten Inhalten" zu verbessern.<sup>61</sup> Unseres Erachtens handelt es sich hierbei jedoch klarerweise um nicht konzessionierte Tätigkeiten. Folglich müssen diese dem Departement vorgängig gemeldet und können von diesem im Falle negativer Auswirkungen auf die übrigen Medien untersagt werden (Art. 32 ERTVG). Ferner unterliegen diese den Gesetzen des freien Marktes und damit dem KG. Die Botschaft selbst äussert sich hierzu mit jeder nur wünschbaren Klarheit wie folgt:

„Die unternehmerische Freiheit der SRG darf allerdings nicht absolut gesetzt werden, sondern ist mit den legitimen Interessen der anderen, nicht mit Gebühren finanzierten Marktteilnehmer in ein Gleichgewicht zu bringen. Dies gebietet auch Artikel 93 Absatz 4 der Bundesverfassung, wonach bei der Gestaltung der Rundfunkordnung auf die Stellung und Aufgabe anderer Medien Rücksicht zu nehmen ist. Dabei ist zu bedenken, dass die SRG auf dem freien Markt im Verhältnis zu ihren Konkurrenten selbst dann Vorteile hat, wenn sie eine entsprechende Tätigkeit weder mit Gebührengeldern querfinanziert noch ihre starke Marktposition in wettbewerbsrechtlich relevanter Weise (Art. 7 des Kartellgesetzes) missbraucht. Angesichts der Tatsache, dass die SRG dank der Gebührenfinanzierung eine für schweizerische Verhältnisse überragende Grösse erreicht, ein beachtliches Know-how erarbeitet und eine starke Marke aufgebaut hat, ist es für privatwirtschaftlich agierende Konkurrenten auch in Märkten ausserhalb der Veranstaltung von Programmen schwierig, sich gegenüber der SRG im Wettbewerb zu behaupten.“<sup>62</sup>

### 3.4 Zwischenergebnis

Die rundfunkrechtliche Analyse hat gezeigt, dass der Spielraum, welcher der SRG für ihre Internet-Aktivitäten zur Verfügung steht, massgeblich von der Formulierung der neuen SRG-Konzession abhängen wird. Rasch ändernde Verhältnisse und Unsicherheiten hinsichtlich der Entwicklungsrichtung im Rundfunkbereich haben den Gesetzgeber bewogen, umfassende Gestaltungskompetenzen an den Bundesrat als Konzessionsbehörde zu delegieren. Mit Blick auf die Relevanz dort zu treffender Entscheidungen für die Verfassungsrechte anderer Medienunternehmen scheint uns diese Entscheidung nicht unproblematisch zu sein. Aus diesen Gründen empfehlen wir, dass der Bundesrat den verfassungsrechtlich geschützten Interessen der "anderen Medien" dadurch Rechnung trägt, dass er die neue SRG-Konzession als Verfügung gestaltet und darin nicht nur die programmbezogenen Aktivitäten abschliessend nennt, sondern der Konzessionärin konkret auch ihren aus Gebühren finanzierbaren Online-Spielraum präzise absteckt.

Wollte der Bundesrat hingegen von einer klaren Unterscheidung zwischen konzessioniertem und nicht-konzessioniertem Bereich absehen, so würde er die SRG damit dem Risiko wettbewerbsrechtlicher Verfahren aussetzen. Dies gilt um so mehr, als die Weko grundsätzlich nur dann von der Unterstellung eines Sachverhalts

---

<sup>60</sup> Botschaft RTVG, S. 1604.

<sup>61</sup> Botschaft RTVG, S. 1609.

<sup>62</sup> Siehe Botschaft RTVG, S. 1609 f.

unter das KG absieht, wenn der Wille des Gesetzgebers zum Ausschluss desselben vom Wettbewerb klar erkennbar ist.

Die Botschaft lässt hierzu zentrale Fragen offen. Diese Unsicherheit betrifft insbesondere auch die Frage, inwiefern Internet-Aktivitäten der SRG als „wettbewerbsfrei“ zu qualifizieren sind. Immerhin zeigt z.B. das nachfolgende Botschaftszitat, dass sich der Bundesrat der Gefahr bewusst ist, dass die SRG ihre durch Gebühren vermittelte Macht missbrauchen könnte:

„Die Konzentration der finanziellen Mittel auf die SRG bedeutet nicht, dass im Rundfunkbereich prinzipiell auf Wettbewerb zu verzichten wäre: sie zieht aber eine erhebliche Wettbewerbsverzerrung im innerstaatlichen Rundfunkmarkt nach sich. Die ungleiche Chancenverteilung ist in Kauf zu nehmen als Preis für die Konkurrenzfähigkeit der SRG im Wettbewerb mit ausländischen Programmen. Die SRG darf jedoch ihre Stärke und das im Wesentlichen durch gebührenfinanzierte Qualitätsleistungen aufgebaute Renommee nicht dazu missbrauchen, den privaten schweizerischen Rundfunk in seiner Existenz zu gefährden. Es braucht eine rechtliche Rahmenordnung, die für ein Minimum an Ausgleich zwischen der SRG und den anderen inländischen Marktteilnehmern sorgt. Dazu dient zunächst das Wettbewerbsrecht; es bedarf aber darüber hinaus spezifischer Bestimmungen, die der besonderen Marktconstellation gerecht werden.“<sup>63</sup>

Im Lichte des gesamten Botschaftstextes gelesen kann daraus gefolgert werden, dass der Bundesrat es wohl auch ablehnen würde, wenn die SRG ihre durch Gebühren vermittelte Marktmacht als Hebel benutzen wollte, um Konkurrenz in den dem Rundfunkmarkt nachgelagerten Medienmärkten zu verhindern. Höchst bemerkenswert belegt diese Stelle ferner, dass der Gesetzgeber selbst im Bereich des konzessionierten Rundfunks den Wettbewerb im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG nicht völlig ausschalten will. Unklar bleibt nach allem jedoch weiterhin, wo genau der Bundesrat die Grenze zum Wettbewerb ansetzt.

## **4. Anwendungsbereiche und Durchsetzung des KG**

### **4.1 Anwendungsbereiche**

Wie eingangs angetönt, besitzt die Schweiz im Unterschied zur EU kein beihilferechtliches Instrumentarium, um eine ungerechtfertigte öffentlich-rechtliche Finanzierung der SRG zu regulieren. Der Gesetzgeber besitzt somit ein grosses Ermessen, wenn es darum geht, Tätigkeiten der SRG öffentlich-rechtlich zu finanzieren. Als Korrektiv fungiert lediglich das KG, das im Bereich der nicht konzessionierten Tätigkeiten der SRG generell anwendbar ist. Im konzessionierten Bereich ist das KG anwendbar, soweit die entsprechenden Tätigkeiten zur Erfüllung des Programmauftrags nicht notwendig sind und damit über das vom Rundfunkrecht angestrebte Ziel hinausschiessen.

Durch den Programmauftrag gedeckt sind grundsätzlich auch Internet-Tätigkeiten mit Programmcharakter, sofern ein Bezug zu den SRG-Programmtätigkeiten besteht.<sup>64</sup> Sie sind dem Kartellgesetz nur (aber immerhin) insoweit entzogen, als sie auf den gesetzeskonform ausgelegten Konzessionsvorgaben beruhen und/oder direkt mit der öffentlich-rechtlichen Finanzierung zusammenhängen. Kooperationen der SRG,

<sup>63</sup> Botschaft RTVG, S. 1595.

<sup>64</sup> D.h. Kategorie 2 der Typisierung von Hoffmann-Riem. Vgl. dazu oben, Abschnitt 3.3.

welche nicht in der Konzession vorgesehen sind,<sup>65</sup> sowie die Ausübung einer allfällig bestehenden Marktbeherrschung, welche zur Behinderung anderer Wettbewerber oder zur Ausbeutung der Marktgegenseite führen und nicht zur Erfüllung des Service-public-Auftrags notwendig sind, fallen nach dieser Sichtweise weiterhin unter das Kartellgesetz.<sup>66</sup> Demzufolge dürfte klar sein, dass beispielsweise die Möglichkeit der SRG, Produktionen, Programminhalte und Dienstleistungen, welche direkt mit der Erfüllung des Programmauftrages zusammenhängen, zu finanziell verbesserten Bedingungen einzukaufen, auf die vom Gesetz vorgesehene Finanzierung der SRG zurückgeführt werden muss und daher nicht vom Kartellgesetz erfasst werden kann. Sollte aber die Überbietung anderer Wettbewerber systematisch bzw. nicht notwendigerweise im Sinne des Programmauftrages erfolgen und primär die Ausschaltung der Wettbewerber bezwecken oder bewirken, wäre Art. 7 KG anwendbar.

Weiter unterliegen von der Konzession nicht gedeckte Tätigkeiten der SRG – und hierzu gehören auch Internet-Tätigkeiten ohne Bezug zu den eigentlichen Rundfunkprogrammen<sup>67</sup> – uneingeschränkt dem Kartellgesetz. Aus der im Abschnitt 3.3 zitierten Stelle der Botschaft, wonach die SRG auf dem freien Markt aufgrund ihrer auf gebührenfinanzierten Tätigkeiten aufgebauten Stellung in jedem Fall bereits einen Wettbewerbsvorteil besitzt, kann sogar eine strenge Anwendung des Kartellgesetzes abgeleitet werden. Tätigkeiten einer Online-Redaktion, die im Internet verbreitet werden und keinen direkten Bezug zu Programmsendungen haben, dürften somit nicht von der Konzession gedeckt sein. Regelmässige Vorankündigungen oder inhaltliche Kommentierungen von Programmsendungen dürften nur insoweit unter den geschützten Konzessionsbereich fallen, als sie für das Publikum notwendig und sinnvoll sind und nicht bereits durch andere Medien angeboten werden. Das Anbieten bzw. die Werbung zum Verkauf von Produkten von Dritten dürfte ebenfalls lediglich in diesem engen Rahmen zulässig sein. Keinesfalls dürfen mit solchen Aktivitäten kommerzielle Ziele verfolgt und unternehmerische Tätigkeiten anderer Unternehmen konkurrenziert werden.

Freilich muss der zitierte Botschaftstext insofern präzisiert werden, als bereits die Quersubventionierung solcher „freier“ Tätigkeiten nach Praxis der Weko<sup>68</sup> und der EU-Wettbewerbsbehörden unter das Kartellrecht (Art. 7 KG) fallen, sofern dadurch andere Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit behindert und damit der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird. Eine derartige Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf einem benachbarten oder nachgelagerten Markt fällt unter Art. 7 KG. Im oben bereits erwähnten Entscheid i. S. „Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo“<sup>69</sup> untersuchte die Weko allfällig nach Art. 7 KG unzulässige Quersubventionierungen der SRG, verneinte das Vorliegen solcher aber im Ergebnis. Selbst wenn aus dem durch die Weko daselbst beurteilten Sachverhalt nicht klar hervorgeht, ob es sich tatsächlich um eine Quersubventionierung im klassischen Sinne gehandelt hätte, ist dennoch klar, dass die Weko

<sup>65</sup> Kooperationsverträge der SRG, die der Erfüllung des Service public dienen, sind in der Konzession aufgeführt und bedürfen der Zustimmung des Departements (siehe Art. 27 Abs. 4 ERTVG).

<sup>66</sup> Dies sieht der Gesetzgeber auch explizit vor, wie die oben zitierte Stelle auf S. 1595 der Botschaft RTVG zeigt.

<sup>67</sup> D.h. Kategorie 3 der Typisierung von Hoffmann-Riem. Vgl. dazu oben, Abschnitt 3.3.

<sup>68</sup> So betraf bereits einer der ersten Fälle, den die Weko unter dem revidierten KG 95 zu beurteilen hatte, einen Sachverhalt von Quersubventionierung (Telecom PTT/Blue Window; Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 1997/2, S. 161 ff.).

<sup>69</sup> RPW 2000/1, S. 8 ff.

Quersubventionierungen von nicht unter den Konzessionsschutz fallenden Tätigkeiten der SRG aufgreifen würde.

Bezogen auf Internet-Tätigkeiten der SRG kann somit aus kartellrechtlicher Sicht festgehalten werden, dass die SRG-Gebühren kein zulässiger Hebel ins Internet sind, sofern damit finanzierte Tätigkeiten keinen Programmbezug im oben beschriebenen Sinne erkennen lassen.

Die Tatsache, dass in Art. 32 RTVG für den Fall unzulässiger Beeinträchtigung der unternehmerischen Tätigkeit von Wettbewerbern eine Interventionsmöglichkeit des Departements eingeführt werden soll, führt nicht zur Ausschaltung der Eingriffsmöglichkeiten der Weko nach dem Kartellgesetz. Die Interventionsmöglichkeit gemäss RTVG schützt den Wettbewerb in einer ganz bestimmten Funktion und zwar im Sinne von Art. 93 BV. Die schweizerischen Wettbewerbsbehörden haben beispielsweise in den Bereichen der Telekommunikation oder des öffentlichen Beschaffungswesens bereits mehrfach betont, dass Doppelzuständigkeiten in solchen Fällen nicht nur möglich, sondern notwendig sind.<sup>70</sup>

#### **4.2 Durchsetzung**

Seit der neuesten Revision des Kartellgesetzes können unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen – ebenso wie Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG – direkt sanktioniert werden (Art. 49a KG). Würde die SRG mit ihren Tätigkeiten Art. 7 KG verletzen, könnte sie auch mit Bussen belegt werden.

Aufgrund des Umstands, dass das Verfahren vor der Weko dem Untersuchungsgrundsatz<sup>71</sup> unterliegt und damit die Behörde den Sachverhalt grundsätzlich von Amtes wegen abklären muss, gestaltet sich die Durchsetzung des KG als verhältnismässig einfach.<sup>72</sup> Das Verfahren ist zudem in Art. 26 ff. und 39 ff. KG geregelt. Ergänzend zu diesen Sonderregeln ist das schweizerische Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)<sup>73</sup> anwendbar.<sup>74</sup>

#### **5. Ergebnis**

Die Umschreibung des Anwendungsbereichs des KG im Medienbereich ist für die Gestaltung der unternehmerischen Tätigkeiten der in diesen Märkten tätigen Akteure von entscheidender Bedeutung. Inwieweit der Gesetzgeber im Radio- und

<sup>70</sup> Vgl. zuletzt der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i. S. Schweizerische Landesbibliothek, RPW 2005/1, S. 183 ff. Zu den fernmelderechtlichen Fällen siehe auch Christoph Beat Graber, "Lost Highway"- Bleibt KMU der Zugang zur Breitbandkommunikation verbaut? Wege zur Marktöffnung nach schweizerischem und internationalem Recht, in: Daniel Girsberger, Jörg Schmid (Hrsg.), Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich 2003, 228-234.

<sup>71</sup> Vgl. zu diesem Grundsatz und demjenigen der freien Beweiswürdigung ausführlich den oben erwähnten Rekursentscheid i. S. Schweizerische Landesbibliothek.

<sup>72</sup> Die Weko bzw. das ihr zugeordnete Sekretariat kann KG-Verfahren von Amtes wegen oder auf Anzeige von Dritten eröffnen, wobei Anzeigen auch in anonymisierter Form erfolgen können. Die Wettbewerbsbehörde kann eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG eröffnen und abklären, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Manifestieren sich solche Anhaltspunkte, wird eine Untersuchung eröffnet. Sie kann aber nach Eingang einer Anzeige oder anderweitiger Kenntnisnahme eines wettbewerbsrechtlich relevanten Sachverhaltes auch direkt eine Untersuchung einleiten.

<sup>73</sup> Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren; SR 172.021.

<sup>74</sup> Die in Fn. 3 oben genannten Kommentierungen enthalten auch detaillierte Ausführungen zum Verfahren vor der Weko.

Fernsehbereich den Wettbewerb ausschliessen wollte, ist nicht klar und setzt insbesondere die SRG dem Risiko kartellrechtlicher Verfahren aus. Dies gilt insbesondere auch für ihre Internet-Tätigkeiten. Der Botschaft zum ERTVG ist immerhin zu entnehmen, dass das KG im nicht-konzessionierten Bereich anwendbar ist; aber auch im konzessionierten Bereich ist das KG nicht ausgeschlossen - es findet hier Anwendung, soweit die in Frage stehende SRG-Tätigkeit zur Erfüllung ihres Service-public-Auftrags nicht notwendig ist. Gerade die Auslegung des Begriffs "notwendig" wirft viele Fragen auf. Angesichts der involvierten Grund- und Verfassungsrechtspositionen der anderen Medien (Art. 17 und 93 Abs. 4 BV) empfehlen wir, dass der Bundesrat bei der Neuformulierung der SRG-Konzession die medienpolitische Führung übernimmt und den Spielraum der SRG insbesondere im Online-Bereich klar und präzise absteckt. Damit könnte er die gebührengestützte Aushebelung von Wettbewerbern in nachgelagerten Medienmärkten wirksam verhindern und dafür sorgen, dass sich Innovation für Start-ups lohnt und langfristige Wohlfahrtsinteressen insbesondere von Medienkonsumenten gefördert werden.

## **Zusammenfassung**

Die Expansion der SRG ins Internet wirft nicht nur rundfunkrechtliche, sondern auch wettbewerbsrechtliche Fragen auf und wird insbesondere von Presseunternehmen bekämpft. Im Rahmen der RTVG-Revision hat das Parlament auf eine präzise und verbindliche Regelung des Internet-Spielraums der SRG verzichtet. Vielmehr hat es den Bundesrat ermächtigt, diese Fragen im Rahmen der neuen SRG-Konzession zu regeln. Angesichts der tangierten Grund- und Verfassungsrechte der anderen Medien wäre es problematisch, die Konzession als verwaltungsrechtlichen Vertrag zwischen Bundesrat und SRG auszugestalten. Statt dessen ist zu fordern, dass der Bundesrat seine medienpolitische Verantwortung wahrnimmt und in der Konzession präzise verfügt, welche Grenzen die SRG im Internet nicht überschreiten darf. Damit wäre rechtsstaatlichen Anliegen Rechnung getragen, ohne die Möglichkeit einer flexiblen Anpassung des Schweizer Rundfunkrechts an den technischen Wandel zu verhindern.