

Eidgenössische Medienkommission (EMEK)

Anhörung und Diskussionsrunde mit Rechtsexpertinnen und Rechtsexperten  
zu Grundfragen des Service public (Zürich, 30. Januar 2015)

**Grundfragen des Service public  
aus verfassungsrechtlicher Perspektive**

Prof. Dr. iur. Giovanni Biaggini  
Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht  
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Zürich

(Schriftliche Fassung, 28. Februar 2015)

I.	Einleitende Bemerkungen.....	2
II.	Verfassungsrechtlicher Befund.....	3
	1. Der Begriff „Service public“ in der Bundesverfassung.....	3
	2. Der Begriff „Grundversorgung“ in der Bundesverfassung.....	3
	3. Der Begriff „Medien“ in der Bundesverfassung.....	7
	4. Seitenblick auf ein aktuelles Vorhaben.....	9
III.	Was kann und soll die Verfassung leisten – und was nicht? .....	11
IV.	Folgerungen und Empfehlungen.....	12
	1. Vorüberlegungen zur Methodik.....	12
	2. Verfassungsrechtlicher Handlungsbedarf aus der Sicht der Verfassungsfunktionen? ...	13
	3. Verfassungsrechtlicher Handlungsbedarf aufgrund bestehender Barrieren?.....	15
	4. (Nicht-) Antworten auf die Expertenfragen.....	17
V.	Abschliessende Bemerkungen .....	18

## I. Einleitende Bemerkungen

Für einen Verfassungsjuristen wie mich ist es schwierig, die vier gestellten Fragen zu beantworten, solange nicht klar ist, was mit dem „medialen Service public“ genau gemeint ist.

Dies zu klären, ist in erster Linie eine Frage der Politik und/oder anderer wissenschaftlicher Disziplinen. Die Antworten des Verfassungsjuristen auf die vier Expertenfragen werden dementsprechend kurz und unvollständig ausfallen.

Dennoch bin ich davon überzeugt, dass die verfassungsrechtliche Betrachtung einen wichtigen Beitrag leisten kann, wenn es darum geht, die Problematik rund um den medialen Service public (wie auch immer man ihn definiert) zu klären.

Das vorliegende Papier geht dabei von den folgenden – die schweizerische Verfassungsordnung prägenden – Prämissen betreffend das Staats- und Verfassungs(rechts)verständnis aus:

- Die Lösung gesellschaftlicher Probleme ist in erster Linie eine Sache der Gesellschaft, nicht des Staates. – Devise: der Staat nur wenn und soweit nötig.
- Wenn es erforderlich ist, dass der Staat tätig wird, dann sind – entsprechend dem föderalistischen Staatsaufbau und dem bundesstaatlichen Subsidiaritätsprinzip – in erster Linie die Kantone gefordert. – Devise: der Bund nur wenn und soweit nötig.<sup>1</sup>
- Wenn es erforderlich ist, dass der Bund aktiv wird, dann sollte es in erster Linie der (Bundes-) *Gesetzgeber* sein, nicht der Verfassungsgeber. Das primäre regulatorische Problemlösungsinstrument für gesellschaftliche Probleme ist das Gesetz, nicht die Verfassung. Die Verfassung (so die hier vertretene These) taugt dazu nicht oder nur sehr begrenzt.

Die Devise sollte somit lauten: „die Verfassung nur wenn und soweit nötig“<sup>2</sup> – und nicht etwa (wie man intuitiv denken könnte): „die Verfassung zuerst“.

Die „Politik“ sieht dies mitunter anders und beginnt, auch wenn es verfassungsrechtlich gesehen nicht notwendig ist, bei der Verfassungsstufe. Genau dies ist nicht selten Ursache erheblicher praktischer Probleme. Darauf wird zurückzukommen sein.

---

<sup>1</sup> Im Bereich der Medien dürfte es – angesichts ihrer vielfach „überkantonalen“ Dimension – häufig gerechtfertigt sein, die Problemlösung auf der Bundesebene zu suchen.

<sup>2</sup> „Nötig“: Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Bundesverfassung ergänzt werden muss, um dem Bund die erforderliche Gesetzgebungskompetenz zu verschaffen. Näher dazu hinten Ziffern III. und IV.

## II. Verfassungsrechtlicher Befund

Wenn man – wie dies in den Expertenfragen geschieht – Konzept und Begriff des *medialen Service public* mit der Verfassung in Verbindung bringt (bzw. dessen Verankerung im Verfassungstext in Betracht zieht), so sollte man sich darüber Rechenschaft geben, in welcher Weise der Begriff und/oder das Konzept des Service public in der Bundesverfassung bereits präsent sind – sei dies allgemein, sei dies bereichsbezogen.

Ein Blick in die seit dem 1. Januar 2000 geltende Bundesverfassung mit ihren drei gleichwertigen Sprachfassungen (deutsch, französisch, italienisch) zeigt folgenden Befund:

### 1. Der Begriff „Service public“ in der Bundesverfassung

In der deutschen Fassung der Bundesverfassung fehlt der Begriff „Service public“.

In der französischen und in der italienischen kommt der Begriff „*service*“/„*servizio*“ bzw. „*servizi*“ vor, allerdings in Verbindung mit anderen Adjektiven (z.B. „*service militaire*“, „*service actif*“).

Von Interesse ist in unserem Zusammenhang, dass die Bundesverfassung in Art. 92 mit Blick auf das Post- und Fernmeldewesen von „*service universel*“/„*servizi [...] di base*“ spricht.

Damit dürfte wohl so etwas wie ein „Service public“ im Bereich der Post- und Fernmeldeleistungen gemeint sein.

Die deutsche Fassung verwendet hier den Begriff „Grundversorgung“.

Fazit: Die Bundesverfassung vermeidet den Begriff „Service public“ (was angesichts unscharfer Begriffskonturen und praktischer Übersetzungsprobleme verständlich erscheint).<sup>3</sup>

### 2. Der Begriff „Grundversorgung“ in der Bundesverfassung

In den Fokus rückt damit der Begriff „Grundversorgung“. Dieser kommt in der deutschen Fassung der aktuellen Bundesverfassung an drei Stellen vor. Bemerkenswert ist, dass es sich in allen drei Fällen um Verfassungstexte sehr jungen Datums handelt. In der Bundesverfassung

---

<sup>3</sup> Bemerkenswert und zugleich bezeichnend ist: Die am 30. Mai 2013 eingereichte (und aktuell in der Bundesversammlung hängige) eidgenössische Volksinitiative „Pro Service public“ verwendet zwar in ihrem Titel in allen drei Sprachen den Begriff „*Service public*“/„*service public*“/„*servizio pubblico*“. In der Überschrift und im Text der *vorgeschlagenen neuen Verfassungsbestimmung* ist jedoch durchweg von „*Grundversorgung*“/„*prestazioni de base*“/„*prestazioni di base*“ die Rede (E-Art. 43b), nicht von Service public.

sung von 1874, die bis Ende 1999 in Geltung war, kommt der Begriff „Grundversorgung“ nicht vor.

Im Einzelnen handelt es sich um die folgenden Verfassungsbestimmungen (die hier jeweils kurz aus verfassungsrechtlicher Sicht charakterisiert werden):

- Art. 92 BV: Post- und Fernmeldewesen

<sup>2</sup> Der Bund sorgt für eine *ausreichende und preiswerte Grundversorgung* mit Post- und Fernmeldediensten in allen Landesgegenden. Die Tarife werden nach einheitlichen Grundsätzen festgelegt. [Hervorhebung hinzugefügt]

Was „Grundversorgung“ heisst, wird nicht in der Bundesverfassung selbst näher definiert. Diese Aufgabe überlässt man dem Gesetzgeber.

Dass die Bundesverfassung die Anforderungen „*ausreichend*“ und „*preiswert*“ nennt, dürfte vor allem damit zusammenhängen, dass der Bund im Post- und Fernmeldebereich eine Doppelrolle einnimmt: als „Eigner“ und als „Gesetzgeber“. In dieser Doppelrolle könnte der Bund versucht sein, das Post- und Fernmeldewesen so zu organisieren, dass er leicht Gewinne generieren und „abschöpfen“ kann. Die Verfassung setzt dem Gesetzgeber in Art. 92 Abs. 2 Schranken und versucht auf diese Weise, dem Missbrauch der Doppelrolle entgegenzuwirken („Selbstbindung“ des Bundes).<sup>4</sup>

- Art. 43a BV: Grundsätze für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben

<sup>4</sup> *Leistungen der Grundversorgung* müssen allen Personen in vergleichbarer Weise offen stehen. [Hervorhebung hinzugefügt]

Diese Bestimmung gelangte im Rahmen des Projekts „Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA)“ in die Bundesverfassung (in Kraft seit 2008).

Die Bestimmung weist nach allgemein geteilter Auffassung wenig rechtliche Substanz auf, und man muss sich fragen, ob es sich um mehr handelt als um eine bloss symbolische Formel. Praktische Wirkungen scheint die Bestimmung bisher jedenfalls nicht

---

<sup>4</sup> Die Verfassung allein vermag angemessene Preise natürlich nicht zu garantieren. Es bedarf dazu auch eines institutionellen (gesetzlichen) Unterbaus. Beispiel: Es bedurfte einer Intervention des Preisüberwachers, um die Post davon zu überzeugen, gewisse Preissenkungen vorzunehmen sowie auf bestimmte Preiserhöhungen zu verzichten (Preisüberwacher, Medienmitteilung vom 21.01.2014). Eines der Resultate dieser Intervention bestand darin, dass die Post jeden Haushalt mit vier Gratisbriefmarken zu je CHF 1.00 belieferte.

entfaltet zu haben. Das ist kein Wunder, denn das in Art. 43a Abs. 4 BV ausgesprochene – berechnigte – Anliegen der Gleichbehandlung (Gewährleistung gleicher Zugänglichkeit) bleibt notwendig vage, solange nicht festgelegt ist, was genau zur Grundversorgung bzw. zu den „Leistungen der Grundversorgung“ zählt. Die Bundesverfassung aber leistet genau dies nicht (und vermöchte es wohl auch nicht zu leisten). Hier ist der Gesetzgeber gefordert.

- Art. 117a BV: Medizinische Grundversorgung

<sup>1</sup> Bund und Kantone sorgen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine ausreichende, allen zugängliche *medizinische Grundversorgung* von hoher Qualität. Sie anerkennen und fördern die *Hausarztmedizin* als einen wesentlichen *Bestandteil dieser Grundversorgung*.

<sup>2</sup> Der Bund erlässt Vorschriften über:

- a. die Aus- und Weiterbildung für Berufe der medizinischen *Grundversorgung* und über die Anforderungen zur Ausübung dieser Berufe;
- b. die angemessene Abgeltung der Leistungen der Hausarztmedizin.

[Hervorhebungen hinzugefügt]

Die Verfassungsbestimmung über die medizinische Grundversorgung („*soins médicaux de base*“/„*cure mediche di base*“) ist ganz neu (Volksabstimmung vom 18. Mai 2014). Sie hat den Hausärzten die angestrebte verfassungsrechtliche „Anerkennung“ gebracht – ein Glücksgefühl, das den Chirurgen, Psychiaterinnen, Rechtsanwälten, Journalistinnen in dieser Form bisher vorenthalten ist.<sup>5</sup>

Eine genauere verfassungsrechtliche Analyse zeigt allerdings, dass die rechtliche Substanz der Bestimmung – trotz etwas ausführlicherer Formulierungen – eher gering ist, gerade auch hinsichtlich der Frage der Grundversorgung. Im Einzelnen:

- Der Bund hatte schon vor dem 18. Mai 2014 die Befugnis, in den erwähnten Bereichen zu legislieren. Die Verfassungsänderung war diesbezüglich (Bundeskompetenz) nicht wirklich nötig.
- Neu ist im Wesentlichen, dass der Bund (bzw. der Bundesgesetzgeber als primäre Problemlösungsinstanz) nunmehr *verpflichtet* ist, entsprechende Vorschriften zu erlassen. – Das führt zu den Folgefragen: Was ist, wenn der Bundesgesetzgeber dieser Verpflichtung nicht nachkommen sollte. Wer könnte ihn zwingen? Kurz und bündig formuliert: niemand (*de facto* und wohl auch *de jure*).

---

<sup>5</sup> In Art. 17 Abs. 3 BV wird immerhin das „Redaktionsgeheimnis“ ausdrücklich anerkannt und damit indirekt auch die Arbeit der Journalist/inn/en.

- Das eigentlich Neue findet sich bei einem eher überraschenden Punkt: Nicht nur der Bund, sondern auch die *Kantone* sind nunmehr ausdrücklich verpflichtet, für eine ausreichende, allen zugängliche medizinische Grundversorgung zu sorgen und die Hausarztmedizin zu anerkennen und zu fördern. Das ist, jedenfalls in dieser Deutlichkeit, neu – und, anders als der Auftrag an den Bundesgesetzgeber, juristisch grundsätzlich durchsetzbar (wenngleich dies wohl mit praktischen Schwierigkeiten verbunden wäre). – Die Regelung ist im juristischen Sinn notwendig, da der Bund die Kantone nur zu einem bestimmten Verhalten anhalten kann, wenn er sich auf die Bundesverfassung stützen kann.

Könnte eine Bestimmung wie Art. 117a BV als Vorbild für eine Verfassungsbestimmung über die mediale Grundversorgung dienen?

Allzu viel Euphorie sollte besser nicht aufkommen. Denn mit der Annahme dieser neuen Verfassungsnorm sind die Probleme rund um die medizinische Grundversorgung und die Hausarztmedizin ja noch längst nicht gelöst. Im Gegenteil, die Probleme (bzw. die entsprechenden politischen Auseinandersetzungen) fangen im Grunde jetzt erst an. Was heisst Grundversorgung? Was heisst „wesentlicher Bestandteil“ der Grundversorgung? Was heisst „allen zugänglich“? Was heisst „anerkennen“? Was „fördern“? Mit welchen Instrumenten? Woher die erforderlichen finanziellen Mittel? Als Problemlösungsinstanz gefordert ist der *Gesetzgeber* (teils im Bund, teils in den Kantonen).

Die Diskussion rund um die Verfassungsnorm hat einiges an Zeit in Anspruch genommen, gut vier Jahre, wenn man die Zeit zwischen der Einreichung der einschlägigen Volksinitiative (1. April 2010) und der Volksabstimmung (18. Mai 2014) rechnet. Warum hat man diesen „Umweg“ über die Verfassung eingeschlagen? Der Hauptgrund dafür war wohl, dass die „Politik“ unter dem (Ein-) Druck einer Volksinitiative (mit erheblichem Annahme-Potential) stand. Bundesrat und Bundesversammlung wollten mit einem Gegenvorschlag verhindern, dass die – als zu einseitig eingestufte – Volksinitiative Erfolg hat. Dieses Vorhaben ist gelungen, aber es hat Zeit und politische Energie gekostet, was nun fehlen könnte, wenn es die eigentlichen Probleme zu lösen gilt.

Die (Zwischen-) Bilanz fällt somit eher ernüchternd aus. Immerhin lässt sich dem neuen Art. 117a BV auch etwas Positives abgewinnen: Der Verfassungsgeber hat – glücklicherweise – darauf verzichtet, den Begriff der Grundversorgung selber zu definieren. Man stelle sich vor, er hätte dies detailliert getan. Die Folge wäre gewesen, dass eine bestimmte – zwangsläufig

zeitgebundene – Vorstellung von medizinischer Grundversorgung verfassungsrechtlich für längere Zeit „zementiert“ worden wäre. Die Bundesverfassung kann zwar „jederzeit“ wieder geändert werden (Art. 192 BV). In der Praxis erweisen sich Verfassungsnormen jedoch oft als sehr langlebig – selbst wenn sie mit der Zeit immer mehr „aus der Zeit fallen“.

Beispiele für diese Langlebigkeit sind:

- *die beiden „antikatholischen“ Sonderartikel von 1874* (Jesuitenverbot, Verbot der Neugründung von Klöstern; Art. 51 und Art. 52 BV 1874):  
Diese wurden, obwohl schon früh als problematisch erkannt, erst nach 99 Jahren aus der Verfassung herausgestrichen (Volksabstimmung vom 20. Mai 1973).<sup>6</sup>
- *der sog. Radio- und Fernsehartikel* (Art. 55<sup>bis</sup> BV 1874; heute Art. 93 BV):  
Dieser wurde – nach zwei erfolglosen Anläufen (1957 und 1976) – in der Volksabstimmung vom 2. Dezember 1984 angenommen (und atmet zum Teil noch den Geist der 1970er Jahre). Die Bestimmung konnte sich bis heute in der Bundesverfassung halten, obwohl sie aus einer Zeit stammt, in der im Bereich der elektronischen Medien die Frequenzknappheit der prägende (Regulierungs-) Faktor war und „Internet“ noch nicht einmal als Fremdwort bekannt war.

### 3. *Der Begriff „Medien“ in der Bundesverfassung*

Mit dem zweiten Beispiel (Radio- und Fernsehartikel) kommt – nicht ganz zufällig – das Thema Medien ins Spiel. Der Begriff „*Medien*“/„*médias*“ kommt in der Bundesverfassung zwei Mal vor, nämlich in Art. 17 BV (Grundrecht der „Medienfreiheit“) und in Art. 93 BV (Radio und Fernsehen).<sup>7</sup>

Beide Bestimmungen lassen für unsere Zwecke keine grossen Rückschlüsse zu.

Das Adjektiv „medial“ fehlt im Verfassungstext. In der Bundesverfassung von 1874 kam das Wort „Medien“ nicht vor, d.h., das Verfassungsrecht des Bundes kam von 1848 bis Ende 1999 ohne den Begriff „Medien“ über die Runden. Im Einzelnen:

- Art. 17 BV: Medienfreiheit  
Das Grundrecht der „Medienfreiheit“ (Überschrift) wird im Text der Verfassungsbestimmung als Freiheit „von Presse, Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der

---

<sup>6</sup> Überträgt man diesen zeitlichen Rahmen auf das verfassungsrechtliche Minarettbauverbot (Art. 72 Abs. 3 BV), so bliebe uns dieses bis 2108 erhalten.

<sup>7</sup> Die italienische Fassung verwendet den Begriff „*media*“ nur in Art. 17 BV.

öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen“ umschrieben. – Kurz: Der verfassungsrechtliche Medienbegriff umfasst nicht nur die traditionellen Medien.

- Art. 93 BV: Radio und Fernsehen

Der Radio- und Fernsehartikel handelt in erster Linie von diesen beiden hergebrachten elektronischen Medien, ohne sie genauer zu definieren. Auch „andere Medien“ werden in Art. 93 Abs. 4 BV angesprochen, allerdings nur reflexweise:

<sup>4</sup> Auf die Stellung und die Aufgabe *anderer Medien* [d.h.: nicht Radio, nicht Fernsehen], vor allem der Presse, ist Rücksicht zu nehmen.<sup>8</sup> [Hervorhebung hinzugefügt]

Der Radio- und Fernsehartikel ist hier von besonderem Interesse, weil er in seinem zweiten Absatz eine Klausel enthält, die – ohne dass der Begriff fallen würde – vom Service public handelt (fast wortgleich übrigens schon im Text der alten Bundesverfassung, Art. 55<sup>bis</sup> BV 1874).

<sup>2</sup> Radio und Fernsehen tragen zur Bildung und kulturellen Entfaltung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung bei. Sie berücksichtigen die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone. Sie stellen die Ereignisse sachgerecht dar und bringen die Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck.

Diese verklausulierte Umschreibung des Service public im Radio- und Fernsehartikel zeigt folgende Besonderheiten:

- Der „Leistungsauftrag“ gemäss Art. 93 Abs. 2 BV bezieht sich ausschliesslich auf „Radio und Fernsehen“. Es geht mit anderen Worten *nicht* um einen „gesamtmedialen“ Service public, der auch die Presse und/oder andere „Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen“ erfassen würde. Die aktuelle Verfassungsbestimmung ist mithin nicht medien- bzw. verbreitungs-„neutral“.
- Bemerkenswert ist weiter, dass zum „Service public“-Auftrag von Verfassungsrechts wegen ausdrücklich auch die „Unterhaltung“ („*divertissement*“/„*intrattenimento*“) gehört. Persönlich dürfte wohl jede und jeder eine ziemlich klare Vorstellung davon haben, was Unterhaltung bzw. unterhaltend ist. Nur: Was ist „Unterhaltung“ im Sinne

---

<sup>8</sup> In Art. 55<sup>bis</sup> BV 1874 war von der Stellung und Aufgabe „anderer Kommunikationsmittel“ die Rede.



von Art. 93 BV? Der Blick in den Verfassungstext hinterlässt auch bei routinierten Verfassungsinterpreten eine gewisse Ratlosigkeit. Gemessen am Verfassungsideal, wonach die Verfassung befrieden und nicht Zwist säen soll, ist eine Bestimmung, die wie Art. 93 Abs. 2 BV erhebliche Auslegungsschwierigkeiten hervorruft, eher dysfunktional.

- Etwas merkwürdig mutet Art. 93 Abs. 2 BV an, wenn man sich vor Augen führt, wer Adressat des „Service public“-Auftrags ist. Der Leistungsauftrag richtet sich, verfassungsrechtlich gesehen, an „Radio und Fernsehen“ insgesamt – d.h. verstanden als Gesamtsystem – und nicht etwa, wie man spontan denken könnte, an die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG), die erst auf Gesetzesstufe – als gesetzlich vorgesehene Konzessionärin (Art. 25 RTVG) – mit einem gesetzlich umrissenen Programmauftrag versehen wird (Art. 24 RTVG).

Als Verfassungsjurist blickt man auch hier etwas ratlos auf den Verfassungstext. Eine Verpflichtung (hier in Form eines verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags) verlangt nach einem verpflichtungsfähigen Subjekt. „Radio und Fernsehen“ (als Gesamtsystem) sind aber keine Rechtssubjekte. Wen oder was will die Verfassung in die Pflicht nehmen?

- Ein weiteres auffälliges Merkmal des Radio- und Fernsehartikels ist, dass er wichtige neuere Entwicklungen nicht reflektiert. Das ist kein Wunder, denn im Jahr 1984 war eine Verbreitung über den „Äther“ faktisch alternativlos. Die Knappheit der Frequenzen war notorisch. Eine Verbreitung via Satellit, Glasfaserkabel usw. oder die Konvergenz-Thematik waren bestenfalls ein Thema für Science Fiction-Autoren und andere Futuristen.

Kurz: Ein merkwürdiger Leistungsauftrag, eine ziemlich wunderliche Bestimmung. Man kann nur hoffen, dass es gelingt – falls man eine Neuregelung für nötig erachtet und an die Hand nimmt –, eine weniger zeitgebundene Bestimmung zu schaffen und auch andere Fehler von 1984 zu vermeiden.

#### *4. Seitenblick auf ein aktuelles Vorhaben*

In der Diskussion um den medialen Service public sollte beachtet werden, dass Fragen der Grundversorgung heute auch in anderen Zusammenhängen erörtert werden.

Hingewiesen sei hier auf ein bereits weit gediehenes Vorhaben, das – je nach dem weiteren Verlauf der politischen Debatte – für die Frage des medialen Service public indirekt oder so-

gar direkt von Bedeutung sein könnte. Gemeint ist das Projekt „Grundversorgung. Allgemeine Verfassungsbestimmung“ („*Service universel. Disposition constitutionnelle*“). In seiner Botschaft vom 8. Mai 2013 legte der Bundesrat – etwas widerwillig, da vom Parlament gegen seine eigene Überzeugung dazu gedrängt – drei Varianten für eine Verfassungsbestimmung vor:

- Die Variante A lautet:

*Art. 41a Grundversorgung*

Bund und Kantone setzen sich für eine ausreichende, allen zugängliche Grundversorgung ein.

- In den Varianten B und C werden *explizit* auch die *Medien* angesprochen:

<sup>2</sup>Die *Grundversorgung umfasst* die Güter und Dienstleistungen des üblichen Bedarfs namentlich in den Bereichen Wasser- und Energieversorgung, Abfall- und Abwasserentsorgung, Gesundheit, Wohnen, Lebensmittel, Personen- und Güterverkehr, Post- und Fernmeldewesen, Bildung, *Medien*, Kultur, Sport und Sicherheit. [Hervorhebungen hinzugefügt]

Der Ständerat hat sich in der Herbstsession 2014 für die „schlanke“ – man könnte auch sagen: nichtssagende – Variante A entschieden.

Der Nationalrat wird die Vorlage demnächst beraten (voraussichtlich in der Frühjahrsession 2015). Ob die Medien in den Text des geplanten „Grundversorgungsartikels“ Eingang finden werden oder nicht, ist noch offen. In Form eines Minderheitsantrags aus der nationalrätlichen Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen (KVF-N) ist die Nennung der „Medien“ aktuell (noch) ein Thema.

Das Projekt „Grundversorgung. Allgemeine Verfassungsbestimmung“ gäbe Anlass zu vielen Bemerkungen. Es soll hier mit den beiden folgenden sein Bewenden haben:

- Aus Sicht der EMEK: Vorsicht, da macht womöglich jemand Ihre Arbeit!
- Aus verfassungsrechtlicher Sicht: eine ziemlich überflüssige „Übung“! (Dies nicht zuletzt, wenn man bedenkt, dass es schon einen – seinerseits fragwürdigen – Art. 43a Abs. 4 BV gibt; siehe vorne Ziffer II.2.)

Mit dieser Auffassung stehe ich nicht allein. Im Rahmen der Ständeratsdebatte vom 25. September 2014 hielt die Vorsteherin des EJPD als Vertreterin des Bundesrates fest:

„Deshalb erlaube ich mir trotzdem die Frage: Bringt dann eine zusätzliche Bestimmung wirklich einen Mehrwert, der konkret bei den Versorgungsdienstleistungen, die Ihnen wichtig sind, sichtbar wird? Können Sie einen solchen dann der Bevölkerung aufzeigen? Können Sie sagen, jetzt seien Grundsätze festgelegt, die dieser helfen? Diesbezüglich ist der Bundesrat mit der Kommissionsminderheit zusammen der Ansicht, *dass ein Mehrwert einfach nicht ersichtlich ist*. Es ist klar, Sie müssen hier sehr abstrakt bleiben, weil Sie von unterschiedlichsten Versorgungsleistungen ausgehen. Das ist kein Vorwurf an die Kommissionsmehrheit, aber es ist eben eine Tatsache. Und angesichts des sehr hohen Abstraktionsgrads stellt sich die Frage: Ja, was bringt es dann am Schluss noch? [...] Das ist der Grund, weshalb wir Ihnen beantragen, den Antrag der Kommissionsminderheit zu unterstützen und auf die Vorlage nicht einzutreten.“ [Hervorhebung hinzugefügt]

In Verfassungsfragen teile ich nicht immer die Auffassung der Regierung. Hier schon. Der bundesrätliche Appell wurde indes bisher nicht erhört. Die Bundesversammlung scheint fest entschlossen, verfassungsrechtliche Symbolik zu produzieren, welche die Probleme nicht löst, sondern „vertagt“.

### **III. Was kann und soll die Verfassung leisten – und was nicht?**

Was aber soll – vernünftigerweise – in der Bundesverfassung stehen?

Nach dem in der Schweiz heute vorherrschenden Grundverständnis sind folgende Überlegungen zentral:

- Die Verfassung soll den Staat und seine Organe einrichten und funktionsfähig machen (*Ordnungs- und Organisationsfunktion*). Im Bundesstaat kommt die Aufgabenteilung Bund–Kantone hinzu (siehe sogleich).
- Die Verfassung soll dem Staat und seinen Organen Schranken setzen und so Macht begrenzen, um die Freiheit der Bürger/innen zu sichern (*Machtbegrenzungs- und Freiheitsgewährleistungsfunktion*).
- Eine Verfassung *kann* darüber hinaus (muss aber nicht zwingend) die inhaltliche Ausrichtung der Staatstätigkeit bestimmen, z.B. indem sie Ziele, Aufgaben und weitere Handlungsvorgaben festlegt, vorzugsweise ohne dabei zu sehr ins Detail zu gehen (*Gestaltungs- und Steuerungsfunktion*).
- Im schweizerischen Bundesstaat kommt die folgende Grundfunktion hinzu (die vor allem bei den Staatsaufgaben relevant ist):
  - Der Bund darf nur tätig werden, wenn und soweit die Bundesverfassung ihn dazu ermächtigt (Verfassungsvorbehalt für Bundeszuständigkeiten).

- Wenn der Bund die Kantone zu etwas verpflichten (zwingen) will, braucht er dafür eine Abstützung in der Bundesverfassung (vgl. vorne Ziffer II.2 zu Art. 117a BV).

Neben diesen Eigenschaften und Hauptfunktionen werden einer Verfassung regelmässig weitere Funktionen zugeschrieben (insbesondere: Orientierungsfunktion, Legitimationsfunktion, Integrations- bzw. Einheitsstiftungsfunktion, Einbettungs- oder Brückenfunktion). Und neben dem „Pflichtprogramm“ hat auch ein wenig Symbolik („Kür“) in der Verfassung Platz, neben der (notwendigen) Prosa auch ein wenig Poesie – aber allzu viel sollte es besser nicht sein.

Wichtig ist weiter: Die Verfassung erhebt nicht den Anspruch, die konkreten, aktuellen Lebensprobleme direkt zu lösen. Sie will vielmehr den Rahmen dafür schaffen, indem sie den politischen Entscheidungsprozess organisiert, Leitplanken setzt, Grenzen zieht.

Gestützt auf bisherige Erfahrungen lässt sich die These formulieren: Wenn die Verfassung einen unmittelbaren Problemlösungsanspruch erhebt, gerät sie rasch in Schwierigkeiten – oder bleibt sie „Papiertiger“. Die Verfassung kann und soll nicht alles (allein) regeln. Bei der Inanspruchnahme der Verfassung ist Zurückhaltung geboten.

#### **IV. Folgerungen und Empfehlungen**

##### *1. Vorüberlegungen zur Methodik*

Welche Folgerungen und Empfehlungen ergeben sich aus diesen allgemeinen Überlegungen zur Verfassung und zu ihren Hauptfunktionen für die Frage des Umgangs mit dem Thema „medialer Service public“?

Konkreter gefragt: *Inwieweit besteht mit Blick auf den medialen Service public Handlungsbedarf auf Verfassungsebene?*

Aus rechtsetzungsmethodischer Sicht sollte diese Frage allerdings nicht die erste Frage sein.

- Bevor man die Frage nach dem Handlungsbedarf auf Verfassungsebene stellt, sollte man genau klären, was überhaupt geregelt werden soll beziehungsweise muss.
- Da die klassische und bewährte primäre Lösungsebene das Gesetz ist (siehe vorne Ziffer I.), ist zunächst das Regelungsanliegen entwurfsweise in Gesetzesnormen zu gießen.

Erst wenn man eine klare Vorstellung davon hat, wie eine allfällige gesetzliche Regelung aussehen könnte bzw. sollte, kann die Frage nach dem Handlungsbedarf auf Verfassungsebene sinnvoll angegangen werden.

Wann besteht verfassungsrechtlicher Handlungsbedarf? Vereinfacht gesagt, sind es zwei Arten von Gründen, die eine Verfassungsänderung erfordern können:

- Zum einen: Wenn es um eine oder mehrere der soeben erwähnten grundlegenden Verfassungsfunktionen geht (dazu nachstehend 2.).
- Zum anderen: Falls es im geltenden Verfassungsrecht Normen gibt, die dem Reformanliegen im Weg stehen und daher vorher geändert oder aufgehoben werden müssen (dazu nachstehend 3.).

## 2. *Verfassungsrechtlicher Handlungsbedarf aus der Sicht der Verfassungsfunktionen?*

Verlangt eine der grundlegenden Verfassungsfunktionen, dass das Thema „medialer Service public“ auf Verfassungsebene normiert wird? Ohne diese Frage im Detail zu erörtern, kann zusammenfassend festgehalten werden, dass dies hier wohl kaum der Fall sein dürfte.

- *Freiheitssicherungsfunktion*: Sowohl die Medienfreiheit (Art. 17 BV) als auch die (privat)unternehmerische Freiheit (Art. 27 BV) sind bereits adäquat geschützt. Ein weitergehender verfassungsrechtlicher Handlungsbedarf ist zurzeit nicht ersichtlich.
- *Ordnungs- und Organisationsfunktion*: Selbst wenn man in Betracht ziehen sollte, neue Organe – z.B. so etwas wie einen „Nationalfonds für Qualitätsjournalismus“ – einzurichten: Eine Notwendigkeit, die Bundesverfassung zu ändern beziehungsweise zu ergänzen, resultiert daraus nicht. Auch der Schweizerische Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung ist in der Bundesverfassung nicht erwähnt. Anders verhielte es sich allenfalls dann, wenn dieses neue Organ eine ausserordentliche, herausgehobene Stellung erhalten sollte, ähnlich wie jene der Schweizerischen Nationalbank (vgl. Art. 99 BV).

Im Übrigen zeigt ein Blick über die Schweizer Grenzen hinaus, dass Fragen des medialen Service public nicht zwingend ein Verfassungsthema sein müssen. So kennt beispielsweise das deutsche Grundgesetz keine Bestimmung, die Art. 93 Abs. 2 BV vergleichbar wäre.

Am ehesten ergibt sich ein verfassungsrechtlicher Handlungsbedarf aus den vorne erörterten *bundesstaatlichen Gründen* (Erfordernis einer Bundeskompetenz).

Heute besitzt der Bund eine Gesetzgebungskompetenz (und darin eingeschlossen eine Förderungskompetenz) im Bereich von Radio und Fernsehen, *nicht jedoch im Bereich der Presse*. Gewisse Regelungs- und/oder Förderungskompetenzen können zwar unter Umständen auch aus „unspezifischen“ Aufgabenbestimmungen abgeleitet werden. So beruft sich der Bund bei

der indirekten Presseförderung<sup>9</sup> auf die Bundeskompetenz im Bereich des Postwesens (Art. 92 BV). Eine systematische *Förderung der Presse* bzw. des *Mediensystems als Ganzes* ist *gestützt auf die bestehenden Bundeskompetenzen indes nicht möglich*.

Wie könnte eine Verfassungsbestimmung lauten, die es dem Bund gestattet, die Medien, einschliesslich Presse, zu fördern? Ein Blick auf bestehende bundesverfassungsrechtliche Förderungsklauseln (mit einem gewissen *Service public*-Bezug) zeigt, dass es dazu nicht viele Worte braucht.

Die Forschungsförderung des Bundes, die einen erheblichen Ausgabenposten im Bundesbudget ausmacht, beruht auf Art. 64 Abs. 1 BV (und auf der dazu ergangenen ausführenden Gesetzgebung). Die Bestimmung lautet kurz und bündig:

- Art. 64 BV: Forschung

<sup>1</sup> Der Bund fördert die wissenschaftliche Forschung und die Innovation. [...]

Für die Filmförderung kann sich der Bund auf Art. 71 BV abstützen. Die Bestimmung lautet:

- Art. 71 BV: Film

<sup>1</sup> Der Bund kann die Schweizer Filmproduktion und die Filmkultur fördern.

<sup>2</sup> Er kann Vorschriften zur Förderung der Vielfalt und der Qualität des Filmangebots erlassen.

Ausgehend von diesen Beispielen könnte eine Medienförderungsbestimmung beispielsweise wie folgt formuliert werden:

- Art. XY BV: Medien

Der Bund kann Vorschriften zur Förderung der Vielfalt und der Qualität des Medienangebots erlassen.

Da eine Gesetzgebungskompetenz nach schweizerischem Bundesstaatsverständnis grundsätzlich auch die Kompetenz zur Förderung einschliesst, könnte die Norm grundsätzlich auch lapidar lauten (in Anlehnung an die Terminologie in Art. 17 und 93 BV):

- Art. XY BV: Medien

Die Gesetzgebung über Presse, Radio und Fernsehen sowie andere Medien ist Sache des Bundes.

Mehr wäre aus bundesstaatlicher Sicht bzw. aus Sicht der allgemeinen Verfassungsfunktionen an sich nicht erforderlich. Man könnte mit anderen Worten auf der Verfassungsstufe durchaus ohne eine spezielle Erwähnung oder gar Definition des medialen *Service public* auskommen.

---

<sup>9</sup> Ermässigung bei den Posttarifen für die Zustellung von Zeitungen (Regional- und Lokalpresse sowie Mitgliedschafts- und Stiftungspreise) dank Subventionierung durch den Bund.

Umgekehrt ist eine Erwähnung oder Definition des medialen Service public selbstverständlich nicht untersagt. Nur sollte man sich darüber Rechenschaft geben, was genau man damit erreichen will und kann und welche Risiken damit verbunden sind.

Zunächst ist festzuhalten, dass eine verfassungsrechtliche Definition des medialen Service public, auch wenn sie relativ detailliert ausfallen sollte, auf Gesetzesstufe wohl noch weiter präzisiert werden müsste. Durch eine solche Zweistufigkeit wird die Regelungslage zwangsläufig komplexer. Ausserdem besteht die Gefahr, dass die Definition auf Verfassungsstufe (ungewollt) allzu zeitgebunden ausfällt. Wegen der Langlebigkeit von Verfassungsnormen ist über kurz oder lang mit Folgeproblemen und Anpassungsschwierigkeiten zu rechnen, wie man dies beim Radio- und Fernsehartikel (Art. 93 BV) beobachten kann (siehe vorne Ziffer II.3).<sup>10</sup>

An dieser Stelle ist an die eingangs formulierte These zu erinnern: Das primäre Problemlösungsinstrument ist nicht die Verfassung, sondern das Gesetz. Auch die Entscheidungen des Gesetzgebers geniessen in der Schweiz eine hohe demokratische Legitimität, die jener der Verfassung nur wenig nachsteht. Umgekehrt taugt die auf Dauer angelegte, änderungsresistente Verfassung aufgrund ihrer typischen Eigenschaften und Funktionen nur sehr begrenzt für die Lösung konkreter, zeitbedingter Probleme.

Daher die Frage: Gibt es eine zwingende Notwendigkeit, den medialen Service public auf Verfassungsstufe zu regeln? Genügt dafür nicht das Gesetz?

An diesem Punkt kommt der vorhin erwähnte zweite Grund, die Frage nach dem Handlungsbedarf auf Verfassungsebene zu bejahen, ins Spiel.

### 3. *Verfassungsrechtlicher Handlungsbedarf aufgrund bestehender Barrieren?*

Die Regelung des medialen Service public auf Verfassungsstufe anzugehen, ist dann notwendig, wenn es sich erweisen sollte, dass das *heute geltende* Verfassungsrecht einer „blossen“ Regelung (Problemlösung) auf Gesetzesstufe im Weg steht.

Gibt es solche Hindernisse?

---

<sup>10</sup> Ähnlich gelagerte Schwierigkeiten verursacht der detaillierte Regelungskatalog in der Verfassungsbestimmung betreffend Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV), die auf die frühen 1990er Jahre zurückgeht. Nach längerem Hin und Her stimmen Volk und Stände am 14. Juni 2015 über eine Anpassung der Verfassungsbestimmung ab.

- Ein nahe liegender erster Kandidat dafür ist der bestehende „Radio- und Fernsehartikel“ (Art. 93 BV). Ob er tatsächlich im Weg steht, lässt sich erst beurteilen, wenn klar ist, was genau man in Sachen medialer Service public regeln will.
- Ein zweiter Kandidat ist Art. 94 BV („Grundsätze der Wirtschaftsordnung“).

Danach sind, vereinfacht formuliert, bestimmte gravierende Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) – nämlich Abweichungen vom „Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit“ – nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen sind (Art. 94 Abs. 4 BV). Einer solchen Ermächtigung durch die Bundesverfassung bedarf der Bundesgesetzgeber typischerweise dann, wenn er direkte wirtschaftliche Konkurrenten ungleich behandeln – manche bevorzugen, andere benachteiligen – möchte (z.B. indem bestimmten Unternehmen substantielle Subventionen gewährt oder Sonderrechte eingeräumt werden, anderen nicht).

Ein illustratives Beispiel dafür ist die Landwirtschaft: Art. 104 Abs. 2 BV ermächtigt den Bundesgesetzgeber, „die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe“ zu fördern, „nötigenfalls abweichend vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit“. Diese Klausel erlaubt es dem Bund, einen bestimmten Betriebstypus gegenüber anderen Betriebstypen bevorzugt zu behandeln.

Eine solche Ermächtigung muss sich nicht zwingend ausdrücklich aus dem Text der Bundesverfassung ergeben. Der Radio- und Fernsehartikel (Art. 93 BV) enthält nach herrschender Lehre eine stillschweigende Ermächtigung für Ungleichbehandlungen – dies allerdings mit Wirkung nur *innerhalb* des „Systems“ der elektronischen Medien. Für den Pressbereich gibt es keine solche Abweichungs-Ermächtigung. Der Bund muss daher Presseunternehmen – ob klein, ob gross, ob lokal, ob national ausgerichtet – grundsätzlich gleich behandeln.

Nebenbei: Ein Blick auf Art. 104 BV („Landwirtschaft“) ist auch deshalb von Interesse, weil hier, im Grunde genommen, eine Art Service public normiert wird. Die Landwirtschaft soll einen Beitrag leisten zur „sicheren Versorgung der Bevölkerung“, zur „Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und zur Pflege der Kulturlandschaft“ und zur „dezentralen Besiedlung des Landes“ (Abs. 1 Bst. a–c). Der Landwirtschaftsartikel der Bundesverfassung lädt zu einem kleinen Gedankenspiel ein, das darin besteht, Art. 104 BV – natürlich nur spasseshalber – als Vorlage für eine Regelung des medialen Service public zu verwenden, indem man den Begriff „Landwirtschaft“ durch „Medienwirtschaft“ ersetzt (und einige Substantive und Adjektive anpasst). Dieses Gedankenspiel soll hier nicht zu Ende geführt werden. Man ahnt, dass das Ergebnis eher abschreckend ausfallen würde.



#### 4. (Nicht-) Antworten auf die Expertenfragen

Die Antworten des Verfassungsspezialisten auf die vier Expertenfragen fallen, wie einleitend vermerkt, zwangsläufig kurz und unvollständig aus. Bei der ersten Frage

*1. Wie verstehen und beschreiben Sie die wesentlichen Elemente des medialen Service public in der Schweiz gemäss Bundesverfassung und Bundesgesetzen (d.h. Service public im Bereich journalistischer/redaktioneller Medienleistungen ungeachtet des Charakters der Medieninhalte und der eingesetzten Produktions- oder Verbreitungstechnik)?*

muss sich der Verfassungsjurist auf einige Beobachtungen und Feststellungen zum bestehenden Radio- und Fernsehartikel beschränken.<sup>11</sup> Bei der zweiten und dritten Frage

*2. Welche rechtlichen und welche faktischen Probleme und Herausforderungen stellen sich im System des medialen Service public aus Ihrer Sicht heute und in der näheren Zukunft?*

*3. Welche rechtlichen Gestaltungs- und Entwicklungsmöglichkeiten des medialen Service public stehen für Sie im Vordergrund und wie wären diese in der Bundesverfassung und/oder den Bundesgesetzen umzusetzen?*

muss der Verfassungsjurist im Wesentlichen passen, solange nicht klar ist, was genau mit „medialer Service public“ gemeint ist. Für die vierte Frage

*4. Haben Sie weitere Bemerkungen, Beobachtungen oder Anregungen zum rechtlichen Rahmen des Service public in der Schweiz?*

wird auf die vorstehenden Ausführungen sowie die abschliessenden Bemerkungen verwiesen.

---

<sup>11</sup> Zum „Leistungsauftrag“ für die elektronischen Medien „Radio und Fernsehen“ (Art. 93 Abs. 2 BV) siehe vorne Ziffer II.3.

## V. Abschliessende Bemerkungen

Aus den bisherigen Ausführungen ergeben sich die abschliessenden Empfehlungen fast wie von selbst. Eine erste Reihe von Empfehlungen betrifft die Methodik:

- Zuerst muss sorgfältig geklärt werden, was genau unter dem Titel „medialer Service public“ geregelt werden soll.
- In einem nächsten Schritt sollte das Gewollte entwurfsweise in Regeln der *Gesetzesstufe* überführt werden.
- In einem dritten Schritt ist zu prüfen, ob verfassungsrechtlicher Handlungsbedarf besteht. Ein solcher Handlungsbedarf ist namentlich dann zu bejahen,
  - wenn für die angestrebte (bundes)gesetzliche Regelung noch keine ausreichende (Bundes-) Kompetenzgrundlage besteht (vgl. Ziffer IV.2) oder
  - wenn vorbestehende Verfassungsnormen im Wege stehen und beseitigt werden müssen (vgl. Ziffer IV.3).

Rechtsetzungsmethodisch gesprochen: Es empfiehlt sich, *bottom up* zu denken und vorzugehen (nicht *top down*).

Mit Blick auf den „medialen Service public“:

- Die primär anzuvisierende Problemlösungsebene ist das Gesetz, nicht die Verfassung.
- Die Devise sollte lauten: eine verfassungsrechtliche Regelung des medialen Service public nur, wenn und soweit nötig. Jede weitergehende Regelung birgt die Gefahr, über kurz oder lang zur Quelle neuer Probleme zu werden.

In Anlehnung an das bekannte Dictum von Montesquieu – „Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen.“ – könnte man die Quintessenz der vorstehenden Überlegungen somit wie folgt formulieren:

Wenn die Notwendigkeit einer Regelung des „medialen Service public“ auf Verfassungsstufe nicht erwiesen ist, dann ist es notwendig, auf eine verfassungsrechtliche Regelung zu verzichten.