

Prof. Dr. iur. Paul Richli
em. Ordinarius für öffentliches Recht, Agrarrecht und
Rechtsetzungslehre an der Universität Luzern
Rebstockhalde 30 – 6006 Luzern
Tel. ++ 41 41 371 09 46 – E-Mail. paul.richli@unilu.ch

Luzern, 26. Juni 2020

Stellungnahme zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Förderung von Online-Medien (BFOM) aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht

1. Ausgangslage und Fragestellung

Derzeit befindet sich der Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Förderung von Online-Medien in der parlamentarischen Beratung. Dieser Entwurf sieht vor, dass das Bundesamt für Kommunikation auf Gesuch hin Beiträge an Organisationen und Medienschaffende ausrichtet, deren Online-Medienangebot eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt. Insbesondere soll vorausgesetzt werden, dass ein bestimmter Mindest-Nettoumsatz aus freiwilligen oder obligatorischen Gegenleistungen für die Nutzung des Angebots erzielt wird. Der Bundesrat soll für jede Sprachregion den Mindest-Nettoumsatz festlegen (Art. 1 Abs. 1 Bst. a). Der Beitrag soll sich am Nettoumsatz aus den freiwilligen oder obligatorischen Gegenleistungen für die Nutzung des Online-Medienangebots bemessen (Art. 2 Abs. 1). Der Bundesrat soll die Höhe des Beitrags als Anteil des anrechenbaren Umsatzes festlegen. Dabei soll der Anteil höchstens 80 Prozent betragen dürfen und die Grösse und Struktur des Markts in der jeweiligen Sprachregion berücksichtigen (Art. 2 Abs. 2).

Der Verband Schweizer Online-Medien (VSOM) stellt fest, dass diese Konzeption zum Ausschluss seiner Mitglieder von der geplanten Förderung führt, weil die Online-Angebote seiner Mitglieder der Öffentlichkeit ohne freiwillige oder obligatorische Gegenleistungen zur Verfügung gestellt werden. Er sieht sich daher veranlasst, diese Vorlage zu bekämpfen, dies insbesondere unter Hinweis auf folgende Eckdaten und folgende Gründe:

- Über 60 % der Bevölkerung beziehen heute die News aus Online-Kanälen.
- Rund 70 % der Online-Aufrufe geschehen via Mobile.
- 23 % der Bevölkerung zählen zu den «oberflächlichen Global Surfern».
- Junge Menschen können ohnehin nur noch via Online erreicht werden.

Daraus folgt gemäss VSOM:

- Für die Informationsversorgung der Bürgerinnen und Bürger ist der Online-Kanal immer wichtiger.

- Die Verarmung der Medienszene aufgrund der Pressekonzentration und des massiven Bedeutungseinbruchs der Zeitungen zeigt sich vor allem im Lokal-Bereich. Demzufolge benötigen wir Medienvielfalt im Lokalen.

Die Beschränkung einer Förderung auf abonnierte Online-Medien würde gemäss VSOM aus den folgenden Gründen zu einer totalen Medienverarmung in der Schweiz führen:

- Die Bürgerinnen und Bürger würden faktisch dazu gezwungen, kombinierte oder alleinstehende Zeitungs-/Online-Abonnements zu kaufen. Damit würde der Staat weniger begüterte Bürgerinnen und Bürger vom politischen Diskurs ausschliessen, was unsozial wäre. Ausgeschlossen wären auch all jene, die sich nur sporadisch mit der Lokalpolitik beschäftigen und ohne Gratis-Online-Dienste nicht erreichbar sind.
- Die geplante Medienförderung würde sich gegen unumstössliche Netz-Gewohnheiten richten, weil nur 10 % der Web-Nutzer bereit sind, für Online-News zu bezahlen.
- Diese Medienförderung würde die Gratis-Online-Portale ausschliessen, welche lokal kaum Abonnenten gewinnen können. Die arrivierten und subventionierten Verlage könnten im Gegenzug ihre Zeitungsausgaben ausdünnen und ihre Print-Abos in Online-Abos überführen. Die nicht subventionierten Online-Portale hätten diesem Prozess nichts entgegenzusetzen; deren Marktchancen würden gegen Null tendieren. Die Folge wäre die mediale Verarmung des Landes, insbesondere im sehr wichtigen lokalen Bereich.

Dem VSOM stellt sich unter diesen Umständen die Frage, ob diese Förderung mit der Bundesverfassung überhaupt vereinbar wäre.

Hierauf ist nachfolgend einzugehen. Dabei beschränken sich die Erwägungen auf wirtschaftsverfassungsrechtliche Aspekte.

2. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Beurteilung des Entwurfs des BFOM

Die Gründung und der Betrieb eines Online-Mediums sind eine private wirtschaftliche Tätigkeit. Sie stehen wie jede andere private wirtschaftliche Tätigkeit unter dem Schutz des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV). Danach ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Es ist nicht erforderlich, dass die Tätigkeit auf die Erzielung eines Gewinns ausgerichtet ist. Die Tätigkeit darf nur nicht ausschliesslich ideellen Zwecken dienen (vgl. Klaus A. Vallender, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Randziffer 9 ff.). Auch ist nicht gefordert, dass das Angebot für die Kundschaft entgeltlich ist. Die Deckung der Produktionskosten kann auch anderswie erfolgen. Paradebeispiel für dieses Modell ist der Weltkonzern Google.

Beschränkungen wirtschaftlicher Tätigkeiten sind nur zulässig, wenn eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt ist, die in Art. 36 BV verankert sind. Erforderlich sind eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse sowie die Wahrung der Verhältnismässigkeit. Die Wirtschaftsfreiheit geniesst darüber hinaus nach Art. 94 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 4 BV einen Systemschutz, indem Beschränkungen nicht gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit verstossen dürfen. Vereinfacht ausgedrückt sind damit insbesondere strukturpolitisch motivierte Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich unzulässig, es wäre denn, die BV würde sie ausdrücklich zulassen, wie das etwa im Bereich des Landwirtschaftsrechts angesichts von Art. 104 Abs. 2 BV der Fall ist (vgl. Paul Richli, Grundriss des schweizerischen Wirtschafts-

verfassungsrechts, Bern 2007, Randziffern 445 ff. und 854 ff.). So wäre es im Bereich des Medienwesens etwa unzulässig, Auflagenbeschränkungen bei grossen Zeitungen vorzuschreiben, um auf diese Weise kleinere Zeitungen zu schützen.

Der Entwurf BFOM enthält auf den ersten Blick keine Beschränkung der Gründung und des Betriebs von Online-Medien. Vielmehr sollen Finanzhilfen (Subventionen) an Online-Medien eingeführt werden, die den Zugang von freiwilligen oder obligatorischen Gegenleistungen abhängig machen. Hingegen sollen jene Online-Medien von der Subventionierung ausgeschlossen werden, die für die ganze Bevölkerung ohne Gegenleistungen zugänglich sind.

Subventionen gelten grundsätzlich nicht als Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit und verstossen daher grundsätzlich nicht gegen dieses Grundrecht (vgl. Livio Bindi, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 126 ff.; Richli, Rz. 692). Die Beurteilung ändert sich aber in grundsätzlicher Weise, sobald mit Subventionen erhebliche Wettbewerbsverzerrungen bezweckt oder bewirkt werden oder insbesondere Strukturhaltung betrieben wird (vgl. Bindi, S. 126 ff.; Richli, Rz. 450). Unter diesen Umständen würde z.B. eine Subventionierung, die bezwecken würde, kleine Printmedien gegenüber grossen Tageszeitungen zu schützen, d.h. Strukturhaltung zu betreiben, gegen die Wirtschaftsfreiheit verstossen. Dieses Verdikt könnte mit keinen medienverfassungsrechtlichen Argumenten aufgewogen werden, weil Art. 93 BV, auf den das BFOM gemäss Entwurf des Bundesrates abgestützt wird, – anders als Art. 104 BV für das Landwirtschaftsrecht – keine Grundlage für Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit enthält.

Überträgt man diese Beurteilung auf die hier fraglichen Online-Medien, so verstösst die Förderung von Online-Medien, deren Zugang von der Entrichtung freiwilliger oder obligatorischer Gegenleistungen abhängig gemacht wird unter gleichzeitigem Ausschluss von Online-Medien, die ohne Gegenleistungen allgemeinzugänglich sind, grundsätzlich gegen die Wirtschaftsfreiheit. Voraussetzung für den Verstoss ist, dass die Förderung eine erhebliche Wettbewerbsverzerrung bezweckt oder bewirkt.

Nach den Angaben des VSOM würde die Einführung des Subventionssystems gemäss Entwurf BFOM zu einer erheblichen Wettbewerbsverzerrung führen. Es würde gewissermassen die Existenzgrundlage dieser Online-Medien in Frage gestellt, wenn nicht sogar vernichtet. Geht man davon aus, so bedeutet dies, dass die ohne Gegenleistungen allgemeinzugänglichen Online-Medien zusammen mit den nur gegen Gegenleistungen zugänglichen Online-Medien einen einheitlichen relevanten Markt bilden. Ein solcher ist denn auch Voraussetzung dafür, dass eine wirtschaftsverfassungsrechtlich unzulässige Wettbewerbsverzerrung überhaupt entstehen kann (vgl. Richli, Rz. 332; Vallender, Art. 27 BV, Rz. 32).

Geht man von der Analyse bzw. Prognose des VSOM hinsichtlich der Wettbewerbsverzerrung aus, so müsste nach den vorstehenden Erwägungen zum Schutz der Wirtschaftsfreiheit die Förderung entweder auf die negativ betroffenen Online-Medien ausgedehnt oder auf die Förderung aller Online-Medien verzichtet werden.

Man mag versucht sein geltend zu machen, die Mitglieder des VSOM würden keine relevante Leistung für die Medienversorgung und die Sicherung der Medienvielfalt in der Schweiz erbringen. Sie würden daher keinen Schutz verdienen, sodass die Wettbewerbsverzerrung

hinzunehmen sei. Diesbezüglich wäre festzuhalten, dass eine Subventionierung grundsätzlich an Voraussetzungen geknüpft werden darf. Doch müssen diese einem öffentlichen Interesse entsprechen und verhältnismässig sein. Zulässig sind z.B. Vorgaben für einen umfangmässig angemessenen redaktionellen Teil. Hingegen sind z.B. Vorgaben für den Inhalt und die räumliche Reichweite des redaktionellen Inhalts unzulässig. So darf einem Online-Medium, das sich nur regionalen Themen widmen will, nicht vorgeschrieben werden, es müsse auch nationale und internationale Themen behandeln.

Analysiert man die im Entwurf des BFOM formulierten Voraussetzungen in Art. 1 Ziff. 1, so ist jedenfalls Bst. a unter der Annahme der erheblichen Wettbewerbsverzerrung unzulässig. Für die Bemessung eines Beitrags für die hier fraglichen Online-Medien müsste ein anderes Referenzkriterium als der Mindest-Nettoumsatz aus freiwilligen oder obligatorischen Gegenleistungen für die Nutzung des Angebots festgelegt werden.

3. Ergebnis

Geht man mit der Darstellung des Verbandes Schweizer Online-Medien (VSOM) davon aus, dass das Bundesgesetz über die Förderung von Online-Medien (BFOM) gemäss dem Entwurf des Bundesrates zu einer erheblichen Wettbewerbsverzerrung zulasten der Online-Medien, die ohne Gegenleistung allgemeinzugänglich sind, führen wird, so würde dessen Erlass eine unzulässige Wettbewerbsverzerrung bewirken und damit gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bzw. gegen das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit verstossen. Die Konsequenz wäre, dass die Förderung gemäss Entwurf BFOM entweder auf die ohne Gegenleistungen allgemeinzugänglichen Online-Medien ausgedehnt oder dass auf eine Förderung aller Online-Medien gemäss Art. 1 Abs. 1 BFOM verzichtet werden müsste.



Prof. em. Dr. iur. Paul Richli