

Rechtsgleiche Behandlung von Gehörlosen im Telefonverkehr



PD Dr. iur. Pierre Tschannen,
Bern



Dr. iur. Regina Kiener,
Försprecherin, Bern

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Ausgangslage: Benachteiligung der Gehörlosen im Telefonverkehr
 - A. Das Telefon als Mittel moderner Individualkommunikation
 - B. Dialogmöglichkeiten der Gehörlosen im Telefonverkehr
 - C. Qualifizierung des Telefonverkehrs von Gehörlosen nach herkömmlicher Rechtspraxis
 - D. Weiteres Vorgehen
- III. Fernmelderechtliche Einordnung
 - A. Verfassungsauftrag
 - B. Grunddienst und erweiterte Dienste
 - C. Der Vermittlungsdienst als Teil des Telefondienstes?
 - D. Der Vermittlungsdienst als Teil des Grunddienstes?
 - E. Zur sozialen Zielsetzung der Fernmeldeordnung insbesondere
 - F. Fernmelderechtliches Fazit
- IV. Anforderungen der Rechtsgleichheit an die fernmelderechtliche Behandlung von Gehörlosen
 - A. Die Hör- und Sprechschädigung als rechtserheblicher Umstand?
 - B. Zur Grundrechtsrelevanz des Telefonverkehrs
 - C. Zur Persönlichkeitsrelevanz des Faktums "Behinderung"
 - D. Normative Zeichen einer heranwachsenden Rechtsüberzeugung
 - E. Grundrechtliches Fazit
- V. Ergebnis

Sag's doch am Telefon.
Werbung der PTT-Telecom

I. Einleitung

1. Wer einem bestimmten Menschen *in Sprache gefasste Nachrichten übermitteln* will, hat im wesentlichen drei Möglichkeiten: Er kann ihn *persönlich aufsuchen* und ein direktes Gespräch führen; er kann eine *schriftliche Mitteilung* anfertigen und sie ihm zusenden; er kann ihn *anrufen*. Von diesen Möglichkeiten kommt dem *Anruf überragende*

Bedeutung zu, denn mittels Telefon lassen sich auf einfachste Weise und über beliebige Distanzen Verbindungen zum zeitgleichen Austausch von Informationen herstellen. Das Telefon schafft *Präsenz unter räumlich Abwesenden*.

2. Solcher Nutzen erschliesst sich allerdings nur jenen Personen uneingeschränkt, die über intakte Stimme und intaktes Gehör verfügen; wir bezeichnen sie im folgenden als *Hörende*. Anders liegen die Dinge für Hör- und Sprechgeschädigte (kurz: für *Gehörlose*): Sie können vom Telefon – wenn überhaupt – nur unter erschwerten Voraussetzungen Gebrauch machen. Wir befassen uns mit der Frage, inwiefern diese tatsächlichen Erschwernisse rechtlich in Rechnung gestellt werden müssen. Hierfür ist die Benachteiligung der Gehörlosen im Telefonverkehr vorweg näher zu beschreiben (II).

II. Ausgangslage: Benachteiligung der Gehörlosen im Telefonverkehr

A. Das Telefon als Mittel moderner Individualkommunikation

3. Indem es den Ferndialog ermöglicht, setzt das Telefon eine *zentrale Funktionsbedingung heutiger Gesellschaft*¹. Seine Bedeutung wird nicht zuletzt durch statistische Erhebungen belegt².

a. Als *Mittel der Kontaktaufnahme* erlaubt es die umstandslose Herstellung beruflicher und privater Verbindungen in unbegrenzter Zahl. So können persönliche Beziehungen sehr viel einfacher unterhalten werden, als dies mit Besuchen oder Briefen möglich wäre. Und in physischen und psychischen Notlagen lässt sich rasche Hilfe praktisch nur über Telefon herbeirufen.

b. Als *Mittel des Meinungs austauschs* transportiert es Aussagen über beliebige Gegenstände. Wer Zugang zum Telefonverkehr hat, schafft sich die Möglichkeit, seinen Wissens- und Erfahrungshorizont mit geringem Aufwand zu weiten.

Gekürzte und überarbeitete Fassung eines Gutachtens vom 10. November 1995 zuhanden der "procom – Stiftung Kommunikationshilfen für Hörgeschädigte".

1 Vgl. die Voten anlässlich der parlamentarischen Beratungen des Fernmeldegesetzes (Amtl. Bull. S 1990 1074 ff.; Amtl. Bull. N 1990 26 ff.); ferner ARNULF HEUERMANN, Telekommunikation im europäischen Binnenmarkt, in HANS JOACHIM MEYER-MARSILIUS u.a., Beziehungen Schweiz-EG, 6.4. VIII, 3.

2 1970 gab es in der Schweiz rund 1,9 Mio. *Telefonanschlüsse*; 1980 lag diese Zahl bei 2,8 Mio., 1990 bei 3,9 Mio., 1993 bei 4,3 Mio. Auch die *Telefongespräche* nahmen an Häufigkeit zu: Wurden 1970 988 Mio. Ortsgespräche geführt, so waren es 1980 bereits 1 209 Mio., 1990 1 663 Mio. und 1993 1 781 Mio. Alle Angaben nach Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1995, Zürich 1994, 261 (gerundete Zahlen).

c. Als *Mittel des Wirtschaftsverkehrs* begründet es eine Voraussetzung zum bedarfs- und zeitgerechten Abruf von Informationen, Diensten und Gütern. Damit befördert es zugleich die fortschreitende Spezialisierung und Dezentralisierung des Wirtschaftslebens. Es mindert den Zwang zum Aufbau individueller Infrastrukturen und eröffnet die Chance erheblicher Zeit- und Kostenersparnis.

4. Heute hat der fernmündliche Kontakt die Qualität eines *kommunikativen Standards* erreicht. Als solcher transportiert er Verhaltenserwartungen, denen sich Beruf und Alltag längst gefügt haben. So wird im Berufsleben ein persönlicher Besuch gewöhnlich erst dann erwogen, wenn körperliche Gegenwart aus sachlichen Gründen angezeigt erscheint; und der Schriftverkehr dient (abgesehen von der Darstellung längerer Gedankengänge in Kultur und Wissenschaft) nurmehr zur Fixierung vorweg und meist telefonisch herbeigeführter Absprachen. Was sich an distanzübergreifender Kommunikation nicht durch Anruf erledigen lässt, bleibt häufig unausgeführt, weil mit zu hohem Aufwand verbunden.

5. Der skizzierte Strukturwandel der Individualkommunikation hat *für gehörlose Menschen dramatische Auswirkungen*. Bei Telefongesprächen haftet die Botschaft allein am akustischen Signal; visuelle Ebenen, die das gesprochene Wort stützen und entlasten, werden nicht übermittelt. Damit sind Gehörlose nicht mehr in der Lage, ihre Behinderung durch Interpretation optischer Informationen – Körpersprache, Gesichtsmimik, Lippenbewegungen – zu kompensieren. Wo immer sich das Telefon als Standardmedium der distanzüberwindenden Individualkommunikation etabliert, vergrössert sich der Rückstand der Gehörlosen auf die Entwicklungschancen der Hörenden.

B. Dialogmöglichkeiten der Gehörlosen im Telefonverkehr

6. Telefonische Dialoge von Gehörlosen sind grundsätzlich möglich; sie bedürfen aber *besonderer technischer Vorkehrungen*.

Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden³.

a. Unter *Gehörlosen* lassen sich *direkte Dialogverbindungen* mit Hilfe von *Schreibtelefonen* herstellen. Schreibtelefone verfügen über Tastatur und Bildanzeige; Informationen werden von den Teilnehmern nicht als gesprochene Worte, sondern als geschriebene Zeichen übermittelt. Diese Kommunikationsart ersetzt den Gebrauch des konventionellen Sprechapparats. Die Gehörlosen verfassen ihre Texte regelmässig in einer Kurzsprache, deren Syntax der Gebärdensprache folgt. Soweit die Dialogpartner die Schriftsprache beherrschen – dies trifft vor allem auf Spätertaubte zu –, können Informationen auch im Volltext ausgetauscht werden.

b. Für *Ferndialoge zwischen Gehörlosen und Hörenden* muss zusätzlich – als "human interface" – eine *Sprechvermittlung* beigezogen werden. Die Vermittlung wirkt als Relais und zugleich als Übersetzungsstelle; sie verfügt über Schreibtelefone und Sprechapparate und ist mit hörenden Personen besetzt, die die Kurzsprache der Gehörlosen beherrschen. Gehörlose können mit Hilfe der Vermittlung zu Hörenden in Kontakt treten, auch wenn

diese – wie üblich – nicht über Schreibtelefone, sondern einzig über konventionelle Sprechapparate verfügen. In der Schweiz wird die Telefonvermittlung für Gehörlose durch eine private Trägerschaft (die "procom – Stiftung Kommunikationshilfen für Hörgeschädigte") betrieben, wenn auch kostenbedingt nur zu gewissen Tageszeiten.

Wegen dieser Vorkehrungen verlängern sich *Ferndialoge* von Gehörlosen im Vergleich zu Telefonaten unter Hörenden um ein Vielfaches.

C. Qualifizierung des Telefonverkehrs von Gehörlosen nach herkömmlicher Rechtspraxis

7. Heute werden *Telefondialoge von Gehörlosen* grundsätzlich nach dem *ordentlichen Tarif* verrechnet.

a. *Gehörlose* bezahlen für die *Benützung ihrer Schreibtelefone* die gewöhnlichen Abonnements- und Verbindungsgebühren (Art. 38 Abs. 1 Bst. a, d FMG; Art. 47 Abs. 1 Bst. a, b FDV⁴).

b. Die *Telefonvermittlung* für Gehörlose wird unter einer *Telekiosk-Nummer* betrieben (Art. 6 FMG; Art. 16 ff., 63 f. FDV). Anrufe kosten derzeit einheitlich Fr. –.36 je Minute. Für die von der Vermittlungsstelle abgehenden Gespräche ist die normale Verbindungsgebühr geschuldet; sie wird der Vermittlungsstelle belastet. Immerhin sieht Art. 64a FDV gewisse Tarifierleichterungen vor.

8. Die geltende Ordnung zeitigt aus der Sicht der Gehörlosen *unerwünschte Folgen*.

a. Indem Gehörlose dieselbe *Abonnementsgebühr* wie Hörende bezahlen, finanzieren sie eine *Infrastruktur* mit, die sie tatsächlich nur beschränkt nutzen können. Die Mitteilungs-, Auskunft- und Informationsdienste der PTT (wie Telefonnachrichten, Weckdienst, Sprechende Uhr; vgl. Art. 12 Bst. c–e FDV) bleiben unerreichbar. Ausserdem bewirkt das umständliche Vermittlungsverfahren, dass Gehörlose im Vergleich zu Hörenden viel seltener telefonieren und damit auch von der gegebenen *Anschlussdichte* kaum profitieren.

b. Weil *Ferndialoge* von Gehörlosen vergleichsweise länger dauern, bezahlen Gehörlose (und auch Hörende, die Gehörlose anrufen) *für die Übermittlung ein und derselben Nachricht ein Vielfaches der Verbindungsgebühr*, die für die entsprechende Kommunikation unter Hörenden auszuliegen wäre (Art. 50 FDV).

c. Die *Telefonvermittlung* ist *nicht selbsttragend*; sie bleibt in erheblichem Umfang auf Spendengelder und Beiträge der öffentlichen Hand angewiesen.

3 Vgl. dazu M. C. MARTIN, Text Telephones, in Roundtable Symposium, Telecommunications – Accessible to Everyone, Genf 1991, 53 ff.

4 Fernmeldegesetz (FMG) vom 21. Juni 1991, SR 784.10; Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) vom 25. März 1992, SR 784.101.1.

Die Rechnung 1993 der "procom" weist einen Aufwand von rund 0,85 Mio Fr. aus. Gedeckt wird dieser Aufwand durch Beiträge des Bundesamtes für Sozialversicherung (0,5 Mio Fr.), durch Beiträge von Kantonen und Institutionen (0,2 Mio Fr.), durch private Spenden (0,05 Mio Fr.) sowie durch Einnahmen aus der Telefonvermittlung (0,1 Mio Fr.). Im gleichen Jahr erzielten die PTT einen Betriebsertrag von 13319 Mio Fr. An diesen Ertrag steuerte die Telefonie 5326 Mio Fr. bei. Dem Betriebsertrag stand ein Betriebsaufwand von 9873 Mio Fr. gegenüber, was einen Gewinn (vor Abschreibungen und Kapitalerfolg) von 3446 Mio Fr. ergab. Der Aufwand für den Betrieb der Telefonie wird in der PTT-Rechnung nicht gesondert aufgeführt.

Zwar hätte die Vermittlung die Möglichkeit, für ihre Dienste bis Fr. 4.23 je Minute zu verlangen (Art. 64 Abs. 1 Bst. i FDV, Tarifstufe 9). Doch wirkte ein solcher Tarif prohibitiv, denn für gewöhnliche Telefonate unter Hörenden sind heute – in Abhängigkeit von Distanz, Tageszeit und Wochentag – lediglich zwischen Fr. –.03 und –.35 pro Taxminute auszulegen (Art. 50 Abs. 1–3 FDV).

D. Weiteres Vorgehen

9. Die geschilderte Benachteiligung der Gehörlosen im Telefonverkehr rührt

- (1) zur Hauptsache daher, dass die *Telefonvermittlung für Gehörlose nicht als Teil des durch die PTT sicherzustellenden Grunddienstes* anerkannt ist, sondern in den Bereich der erweiterten Dienste verwiesen wird. Für die Gehörlosen bedeutet dies geringere Versorgungssicherheit bei höheren Tarifen.
- (2) Soweit im Telefonverkehr der Gehörlosen der übliche *Telefontarif* zur Anwendung gelangt (dies gilt namentlich für die direkten Dialogverbindungen von Schreiblefon zu Schreiblefon), liegt die Benachteiligung ferner im Umstand, dass der Tarif *keine Rücksicht auf die individuelle Hör- und Sprechkompetenz* der Abonnenten nimmt.

Gemessen an der praktischen Bedeutung des Grunddienstes als *allgemein* zugänglicher Service public erscheint der unter (2) genannte Umstand vergleichsweise nebensächlich. Daher konzentrieren wir uns im folgenden auf die Frage, ob der Telefonverkehr der Gehörlosen in seiner Gesamtheit richtigerweise in den Formen des Grunddienstes abgewickelt werden müsste. Antworten sind primär im geltenden Fernmelderecht zu suchen (III). Soweit sie ausbleiben, muss zusätzlich auf die Verfassung, besonders auf das Gleichbehandlungsgebot, rekuriert werden (IV).

III. Fernmelderechtliche Einordnung

A. Verfassungsauftrag

10. Art. 36 Abs. 1 BV erklärt das *Post- und Telegraphenwesen* (nach zeitgemässer Terminologie: das Post- und Fernmeldewesen⁵) im ganzen Umfang der Eidgenossenschaft zur *Bundessache*. Ziel der Verfassungsbestimmung ist die Bereithaltung eines *staatlichen Grundleistungsan-*

gebots im Sinne eines *Service public* unter anderem auf dem Gebiet der Telekommunikation⁶. Als Infrastruktureinrichtung kann das staatliche Angebot an Fernmeldediensten im Rahmen der technischen Möglichkeiten grundsätzlich von jedermann frei benutzt werden⁷.

11. Das *Grundleistungsangebot* soll *Gewähr für einen funktionsfähigen Informationsvermittlungsverkehr* bieten⁸. Welche Dienstleistungen im einzelnen dazu zählen, folglich Bevölkerung und Wirtschaft als Grunddienst angeboten werden müssen, bildet Gegenstand eines gesetzgeberischen Grundsatzentscheids. Hierfür sind wesentlich Zweckmässigkeitsüberlegungen entscheidend; allerdings müssen sie das öffentliche Interesse wahren⁹. Zu beachten gilt dabei, dass die Verfassung einer vollständigen Liberalisierung des Fernmeldewesens entgegensteht¹⁰.

12. Der Gesetzgeber hat die Fernmeldedienste nach den Grundsätzen der Tarifgleichheit und Tarifbilligkeit auszugestalten (Art. 36 Abs. 3 BV). Der in diesem Zusammenhang besonders bedeutsame Grundsatz der *Tarifgleichheit* versteht sich *in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz*¹¹ (Art. 4 Abs. 1 BV). Aus der Tatsache, dass Art. 36 Abs. 3 BV Rechtsgleichheit allein für die Ausgestaltung der Tarife ausdrücklich gebietet, darf kein einengender Umkehrschluss gezogen werden. Art. 36 Abs. 3 BV konkretisiert lediglich den allgemeinen Gleichheitssatz für die Tarifierung von Übermittlungsleistungen, ohne ihn jedoch aus dem übrigen Geltungsbereich von Art. 36 BV zu verdrängen. Gesetzgeber und rechtsanwendende Behörden haben daher Art. 4 Abs. 1 BV bezüglich *aller fernmelderechtlich relevanten Sachverhalte* Geltung zu verschaffen.

B. Grunddienst und erweiterte Dienste

13. "Grunddienst" und "erweiterte Dienste" werden im Gesetz begrifflich nur knapp umrissen: *Grunddienst* als *Nachrichtenübermittlung* für Dritte über ein Fernmeldenet; *erweiterte Dienste* als *Dienstleistungen, die auf der Nachrichtenübermittlung aufbauen* und die Ergänzung, Speicherung, Veränderung oder eine andere Form der *Bearbeitung* von Nachrichten, die zur Übermittlung bestimmt sind, zum Gegenstand haben (Art. 3 Bst. f und g FMG).

5 Vgl. z.B. die Terminologie von FMG und FDV. Ebenso Art. 67 des Bundesratsentwurfs für eine nachgeführte Bundesverfassung (*Reform der Bundesverfassung, Verfassungsentwurf*, Bern 1995, sowie die zugehörigen *Erläuterungen zum Verfassungsentwurf*, Bern 1995, 99).

6 MARTIN LENDI in Kommentar BV, Art. 36 Rz. 1.

7 LENDI (FN 6), Rz. 18 mit FN 15.

8 BLAISE KNAPP, La constitution et les formes d'organisation des PTT, ZBl 1994 489, 503. Vgl. auch LENDI (FN 6), Rz. 5.

9 KNAPP (FN 8), 500.

10 KNAPP (FN 8), 503; LENDI (FN 6), Rz. 5.

11 So auch LENDI (FN 6), Rz. 23.

Die erweiterten Dienste können auch als *Mehrwertdienste* (Value Added Network Services) angesprochen werden.

14. Fernmeldegesetz und Fernmeldeverordnung weisen die *einzelnen Fernmeldedienste* entweder der Klasse des Grunddienstes oder jener der erweiterten Dienste zu¹² (Art. 4–7 FMG; Art. 4–19 FDV).

a. Dienstleistungen des *Grunddienstes* werden grundsätzlich von den PTT angeboten (Art. 4 Abs. 1 FMG). Das Fernmeldegesetz ermächtigt den Bundesrat, neben den PTT auch Dritte zur Erbringung von Grunddiensten zuzulassen (Art. 4 Abs. 2 FMG). Die Verfassungsgebote der Tarifbilligkeit und Tarifgleichheit sind allerdings im Bereich des Grunddienstes durchwegs zu beachten, also unabhängig davon, ob die Dienste von den PTT oder von Dritten erbracht werden (Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 2 FMG).

Als *monopolisierter Grunddienst* erscheint einzig der Telefondienst (Art. 4 Abs. 2 FMG; Art. 4 Bst. a, Art. 19 Abs. 1 Bst. a FDV). Zu den *nicht monopolisierten Grunddiensten der PTT* zählen Datenübermittlungsdienste (wie Telex, Telefax und Telepac; Art. 4 Bst. b, Art. 10, Art. 19 Abs. 1 Bst. b FDV), Bündelfunkdienste (Art. 4 Bst. a^{bis}, Art. 9a FDV), Satellitendienste (Art. 4 Bst. b^{bis}, Art. 10a FDV), MediaLink-Dienste (Art. 4 Bst. b^{ter}, Art. 10b FDV), Funkrufdienste (Art. 4 Bst. c, Art. 11 FDV) und Dienstleistungen für erweiterte Dienste von Dritten (Art. 4 Bst. e, Art. 13 ff. FDV). Dritte können *Grunddienste, ausgenommen den Telefondienst*, auf Mietleitungen und Funknetzen erbringen (Art. 3 FDV).

b. Erweiterte Dienste ergänzen die Nachrichtenübermittlung. Sie stehen dem Wettbewerb offen und können sowohl von den PTT wie auch von Dritten angeboten werden¹³ (Art. 6 FMG). Eine Verpflichtung des Anbieters zu Tarifgleichheit, Tarifbilligkeit und flächendeckendem Angebot besteht von Gesetzes wegen nicht¹⁴.

Erweiterte Dienste der PTT (Art. 4 Bst. d FDV) umfassen die Speicherung von Nachrichten (Art. 12 Bst. a FDV), die Verschlüsselung von Nachrichten (Art. 12 Bst. b FDV), die Mitteilungsdienste (Art. 12 Bst. c FDV), die Auskunftsdienste (Art. 12 Bst. d FDV), die Informationsdienste (Art. 12 Bst. e FDV) und die Elektronischen Verzeichnisdienste (Art. 12 Bst. f FDV). *Erweiterte Dienste von Dritten* sind Videotex (Art. 4 Bst. e i.V. mit Art. 13 ff. FDV) und Telekiosk (Art. 4 Bst. e i.V. mit Art. 16 ff. FDV).

15. Der *Telefondienst* gehört zum *Grunddienst* (Art. 4 Abs. 2 FMG e contrario). Über die rechtliche Qualifikation der *Telefonvermittlung für Hörgeschädigte* hingegen schweigen sich Gesetz und Verordnung aus. Wird die spezifische Tätigkeit der Vermittlung in Betracht gezogen (Nr. 6 b), kommt am ehesten eine Zuordnung zum Telefondienst in Frage; damit wäre sie zugleich als Grunddienst ausgewiesen. Nachfolgend soll deshalb untersucht werden, ob sich der Vermittlungsdienst als Teil des Telefondienstes auffassen lässt (C).

C. Der Vermittlungsdienst als Teil des Telefondienstes?

16. Das Gesetz definiert den Telefondienst als "Sprachübermittlung für Dritte zwischen festen und mobilen Teil-

nehmeranlagen" (Art. 3 Bst. h FMG), lässt aber offen, ob es sich dabei um gesprochene oder um geschriebene Sprache handelt.

a. Der *allgemeine Sprachgebrauch*, wonach Telefonie Synonym für *Sprechfunk* bzw. *Fernsprechwesen* ist¹⁵, bildet ein erstes Indiz dafür, dass der Gesetzgeber die Telefonie mit *fernmündlicher* Kommunikation gleichsetzen wollte.

b. Die *bundesrätliche Botschaft* umschreibt die telefonierende Person als Individuum, das mit "seiner Fähigkeit zur mündlichen Kommunikation die Nachrichten unmittelbar empfangen und verstehen kann"¹⁶. Telefonie erscheint damit gleichbedeutend mit mündlicher Kommunikation zwischen Teilnehmern, die über die Fähigkeit zu sprechen und zu hören verfügen. Im Parlament wurde dieses Begriffsverständnis diskussionslos übernommen¹⁷.

c. Die *Fernmeldeverordnung* knüpft an die Legaldefinition des Gesetzes an und bezieht beispielhaft besondere Dienstleistungen in die Sprachübermittlung ein, unter anderem die Anrufumleitung und die Anzeige von Gebühren (Art. 9 FDV). Gilt auch die (als Schriftzeichen wahrnehmbare) Anzeige von Gebühren als Teil des Telefondienstes, ist die *Übermittlung von geschriebenen Zeichen* dem Terminus offensichtlich *nicht von vornherein fremd*.

17. "Telefonieren" Hörgeschädigte unter Zuschaltung des Vermittlungsdienstes mit Dritten, so umfassen die dafür notwendigen Tätigkeiten nicht bloss ein *Hören/Sprechen*, sondern auch – anders als bei Telefonaten unter Hörenden – ein *Schreiben* und ein *Übersetzen* (vgl. Nr. 6 b).

a. Die Tätigkeit des Vermittlungsdienstes ist jedenfalls soweit gewöhnliche Telefonie, als *Hören* und *Sprechen* in Frage stehen.

b. Ob auch der Vorgang des *Schreibens* im begrifflichen Rahmen liegt, ist fraglich. Einerseits erscheint die Schreibtätigkeit des Vermittlungsdienstes nicht (wie etwa die schriftliche Anzeige der Gebühren) als blosser Hilfsvorgang; vielmehr bildet sie einen wesentlichen Teil seiner bestimmungsgemässen Aktivitäten. Andererseits spricht die Funktion des Vermittlungsdienstes dafür, den Schriftverkehr als Teil der Telefonie zu verstehen: Der Wechsel von der gesprochenen Sprache zur geschriebenen Sprache und umgekehrt rührt allein von der spezifischen Beein-

12 Nach ähnlichen Kriterien werden die Fernmeldedienste in den Staaten der EU strukturiert: Commission du Conseil, Vers une économie européenne dynamique – Livre Vert sur le développement du marché commun des services et équipements de télécommunication, COM (87) 290, 30.6.1987 (sog. *Grünbuch*). Die gemeinschaftsrechtliche Regelung lehnt sich an die aus den USA stammende Unterscheidung zwischen Basic Services und Enhanced Services an. Vgl. auch HEUER-MANN (FN 1), 19 f.

13 Vgl. Botschaft zum Fernmeldegesetz (FMG), vom 7.12.1987, BBl 1988 I 1311, 1333.

14 Vgl. Art. 6 im Gegensatz zu Art. 4 und 5 FMG.

15 Duden Fremdwörterbuch, Stichwort "Telefonie".

16 Botschaft FMG (FN 13), 1341.

17 Vgl. Amtl. Bull. N 1990 46; Amtl. Bull. S 1990 1080.

trächtigung der Hörgeschädigten her; im übrigen bleibt es dabei, dass Informationen *lediglich ausgetauscht* werden, teils mündlich, teils eben schriftlich.

c. Jeglicher Kategorisierung entzieht sich das besondere Wesensmerkmal vermitteltler Telefonie: die *Übersetzung* von einer Zeichenform in eine andere. Solche Übersetzung erschöpft sich nicht in nachvollziehender Umwandlung von Rede in Schrift und umgekehrt; sie schliesst wegen der besonderen Sprachsyntax, derer sich eine Grosszahl der Gehörlosen bedient, einen erheblichen *Anteil an interpretativer Leistung* ein.

18. Die Telefonvermittlung für Gehörlose lässt sich damit *nicht mit hinreichender Sicherheit als Teil des Telefondienstes auffassen*. In der Folge wird deshalb untersucht, ob die Vermittlung eine Dienstleistung darstellt, die nach den *allgemeinen Grundsätzen der Fernmeldeordnung* richtigerweise als *Grunddienst* zu qualifizieren wäre (D, E).

D. Der Vermittlungsdienst als Teil des Grunddienstes?

19. *Grunddienst* ist gleichzusetzen mit "Nachrichtenübermittlung" (Nr. 13). Als *Nachrichtenübermittlung* gilt die *Übertragung* und *Vermittlung* von Informationen, die für Menschen oder Maschinen¹⁸ bestimmt sind, durch elektrische, magnetische, optische oder andere elektromagnetische Signale (Art. 3 Bst. a und b FMG). Der Gesetzeswortlaut macht klar, dass "Nachrichtenübermittlung" nicht auf *Fernsprechdienste* beschränkt bleibt¹⁹.

a. Das Element der *Übertragung* wird im Gesetz nicht konkretisiert. Wir verstehen darunter den immateriellen Datentransport.

b. *Vermittlung* bedeutet *Zuweisung von Nachrichten* an bestimmte Teilnehmer. Sie beinhaltet Vorgänge wie die kurze Speicherung und andere Formen der *Bearbeitung* von *Nachrichten*, wenn sie den *Nachrichteninhalt nicht verändern* und für die *ordnungsgemässe Nachrichtenübermittlung notwendig* sind (Art. 2 Bst. a FDV).

20. *Erweiterte Dienste* gehen über blosser Nachrichtenübermittlung hinaus; sie beinhalten in jedem Fall eine *Bearbeitung* der zur Übermittlung bestimmten Nachrichten (Nr. 13). Der Begriff der *Bearbeitung* findet sich sowohl in der Legaldefinition der erweiterten Dienste (Art. 3 Bst. g FMG) wie auch mittelbar im Zusammenhang mit der Umschreibung des Grunddienstes (Art. 3 Bst. f i.V. mit Art. 3 Bst. b FMG und Art. 2 Bst. a FDV); Gesetz und Verordnung verdeutlichen ihn aber nicht näher. Immerhin erlauben die systematischen Zusammenhänge zwei Rückschlüsse:

a. Sobald die Nachrichten *bearbeitet* werden, handelt es sich *grundsätzlich* um *erweiterte Dienste*. Ob die *Bearbeitung* eine Veränderung des *Nachrichteninhalts* bewirkt oder nicht, spielt dabei keine Rolle. Informations- oder Auskunftsdienste, die mit einer Veränderung des *Nachrichteninhalts* einhergehen, gehören ebenso zu den erweiterten Diensten (Art. 12 Bst. d und e FDV) wie Mailboxen, denen keine derartige Veränderung eigen ist.

b. Dieser Grundsatz gilt aber *nicht ausnahmslos*. Weil keine Nachrichtenübermittlung ohne minimale *Bearbeitung* auskommt, bleibt eine Dienstleistung trotz *Bearbeitung* der Nachricht Grunddienst, solange die *Bearbeitung* (z.B. die *Speicherung*) den *Nachrichteninhalt nicht verändert* und die *Bearbeitung für die ordnungsgemässe Nachrichtenübermittlung notwendig ist*. Beispiel hierfür ist der Telepac-Dienst (Art. 10 FDV).

21. Damit sind folgende Kriterien für die Zuordnung einer fernmeldetechnischen Dienstleistung zum Grunddienst massgebend:

- (1) *Übertragung* und *Vermittlung* von *Nachrichten* (Informationen) an Menschen oder Maschinen auf dem Weg elektromagnetischer oder anderer Signale;
- (2) *falls eine Bearbeitung* stattfindet:
 - (21) *Notwendigkeit* der *Bearbeitung* für die ordnungsgemässe Übermittlung und
 - (22) *keine Veränderung des Nachrichteninhalts* durch die *Bearbeitung*.

22. Diese Erkenntnisse werden durch die *Materialien* nicht in Frage gestellt.

a. Dem *Grunddienst* sollten jene Dienstleistungen zugeordnet werden, die der blossen Informationsübermittlung dienen und dadurch die *"Telekommunikationsgrundversorgung"* bilden; die *erweiterten Dienste* erschienen demgegenüber als *"Spezialdienste für besondere Bedürfnisse"*²⁰. Konzise Begriffsbeschreibungen sucht man vergeblich²¹.

18 Gemäss dem unter Geltung des alten FMG ergangenen BGE 105 Ib 389 sind elektrische oder radioelektrische Impulse indessen nur dann "Zeichen", wenn sie an Menschen gerichtet sind.

19 Das Grünbuch der EU-Kommission (FN 12) verwendet den Begriff der Nachrichtenübermittlung demgegenüber restriktiv im Sinn von Echtzeit-Sprachdienst. Diese Begriffsverwendung wird wegen ihrer angeblich grösseren Flexibilität insbesondere von solchen Autoren bevorzugt, die einer möglichst weit gehenden Deregulierung des Telekommunikationsmarktes das Wort reden; vgl. beispielsweise ROLF H. WEBER, Vom Monopol zum Wettbewerb, Zürich 1994, 55; SILVIO BORNER/ERIC SCHEDEGGER/THOMAS STRAUBHAAR/JAN RITTALER, Das neue Fernmeldegesetz: Europäisches Kleid oder Schweizer Korsett?, Chur/Zürich 1991, 85.

20 Botschaft FMG (FN 13), 1333, 1340, 1341. Für die parlamentarischen Beratungen vgl. die Eintretensvoten in Amtl. Bull. S 1990 1075 (Berichterstatter KÜNDIG) und Amtl. Bull. N 1990 45 (Berichterstatter AUER, ebd. auch Berichterstatter CACCIA). In den Detailberatungen wurde den allgemeinen Äusserungen der Berichterstatter nichts Bemerkenswertes mehr beigefügt.

21 Aufschlussreich das Votum des Berichterstatters AUER, Amtl. Bull. N 1990 45: "Falls Sie den Eindruck haben, die Definitionen und unsere Erläuterungen seien etwas kompliziert, so ist dieser Eindruck richtig. Klüger werden Sie aber auch nicht, wenn Sie dazu die Erläuterungen des Bundesrates lesen; dafür sei Ihnen die Lektüre der ersten 80 Seiten des Telefonbuches wärmstens empfohlen."

b. Das *Verhältnis* zwischen Grunddienst und erweiterten Diensten konnten die parlamentarischen Beratungen nicht hinreichend klären. So wurde etwa ausgeführt:

"Die beiden wichtigsten Unterscheidungskriterien (Nachrichtenübermittlung beim Grunddienst und Verarbeitung von Nachrichten bei den erweiterten Diensten) können zu Schwierigkeiten führen. Eine genauere Umschreibung der beiden Dienste, als es Ihnen die Kommission vorschlägt, ist schwerlich möglich, weil man sich sonst auf die bestehende Technik beschränken müsste, die zukünftige Entwicklung also ausklammern würde. Die erwähnten Abgrenzungsprobleme sind in den Schranken dieses Gesetzes durch den Bundesrat unter Bezug der ... Fernmeldekommission zu regeln, allenfalls durch die Rechtsprechung."²²

Vor den Schwierigkeiten einer klaren Abgrenzung musste das Parlament offensichtlich kapitulieren. Fest steht aufgrund der Materialien allein, dass eine Nachrichtenübermittlung, soll sie Grunddienst sein, *keine Veränderung* des *Nachrichteninhalts* zur Folge haben darf. Dieses Kriterium sah der Gesetzgeber sowohl bei den Telefondiensten als auch bei Telex und Telefax erfüllt²³. Die Art und Weise, *wie* Sprache übermittelt wird (ob als gesprochene oder als geschriebene Zeichen), spielte also für die Zuweisung einer Leistung zum Grunddienst oder zu den erweiterten Diensten keine Rolle. Damit lassen die Materialien jedenfalls den Schluss nicht zu, der Gesetzgeber habe die Telefonvermittlung für Hörgeschädigte bewusst vom Grunddienst ausnehmen wollen²⁴.

23. Im Lichte der oben (Nr. 21) vermerkten Kriterien lassen sich für die Zuweisung der Telefonvermittlung zum Grunddienst gute Gründe finden.

a. Zweifelsfrei dient der Vermittlungsdienst der *Übertragung und Vermittlung von Nachrichten* über ein Fernmeldenetz.

b. Dabei findet eine *Bearbeitung* der Nachrichten statt, insbesondere im Zusammenhang mit der Übersetzungstätigkeit der Vermittlungsstelle. Inwieweit diese Bearbeitung *für die ordnungsgemässe Übermittlung notwendig* ist, bleibt eine *Wertungsfrage*: Betont man die *kommunikative Funktion* des Grunddienstes, so erscheint die Bearbeitung als "notwendige" Tätigkeit, denn ohne diese Bearbeitung können Nachrichten zwischen Hörgeschädigten und Dritten nicht "ordnungsgemäss" übermittelt werden. Wird der Grunddienst hingegen aufgrund *technischer Kriterien* definiert – nämlich als blosses Nachrichtentransportsystem, das ohne Zwischenschaltung eines "human interface" funktionieren muss²⁵ –, ergibt sich ein anderes Resultat: Alle nicht von den systemspezifischen Parametern erfassten Vorgänge sprengen den begrifflichen Rahmen und können demnach nicht Grunddienst sein.

c. Die Bearbeitung der ein- und ausgehenden Mitteilungen durch die Telefonvermittlung bewirkt trotz teilweise interpretativer Leistungen *keine Veränderung des Nachrichteninhalts*. Die Bearbeitung beschränkt sich darauf, Gesprochenes in Schrift- oder Kurzsprache umzusetzen (und umgekehrt). Die spezifische Art und Weise der Bearbeitung steht in einem *unmittelbaren Zusammenhang* mit den akustischen Defiziten der Gehörlosen: Die Vermittlungsstelle überbrückt diese Defizite und wird zum Gehör und zur Stimme der behinderten Person.

Bezüglich vermittelter Telefonie ist – im Gegensatz zur konventionellen Sprechtelefonie – der Stand der Technik nicht so weit fortgeschritten, als dass die Übertragung von Gesprächen ohne menschliche Mithilfe gelingen würde. Gäbe es Sprachcomputer, die Gesprochenes in Geschriebenes umwandeln könnten, würde der Einsatz eines "human interface" obsolet. Auch derartige technische Hilfsmittel würden indessen im Ergebnis nichts anderes vollbringen als die Vermittlungsstelle: Sprache in Text übersetzen und umgekehrt, ohne dass eine Veränderung des Nachrichteninhalts stattfindet.

24. Diesem Befund entspricht, dass sich die *Telefonvermittlung kaum als kennzeichnendes Beispiel eines erweiterten Dienstes* auffassen lässt. Wenn hörgeschädigte Personen mit Hörenden telefonieren, erfüllen sie sich keine "besonderen Bedürfnisse" (Nr. 22 a). Sie nehmen bloss an einer Kommunikationsform teil, die von Hörenden als *selbstverständlicher Teil des sozialen und wirtschaftlichen Lebens* empfunden wird. Und sie tun dabei nichts anderes als Hörende: Sie kommunizieren mit räumlich Abwesenden, wenn auch behinderungsbedingt unter Zwischenschaltung einer Vermittlungsstelle. Diese Tätigkeit hebt sich mit hinreichender Klarheit von Auskunfts-, Speicher- oder Chiffrierdiensten ab, die als informationsverarbeitende Prozesse typischerweise erweiterte Dienste darstellen.

E. Zur sozialen Zielsetzung der Fernmeldeordnung insbesondere

25. Dass die Telefonvermittlung für Gehörlose eher dem Grunddienst als den erweiterten Diensten zuzuordnen ist, ergibt sich nicht zuletzt aus der *sozialen Zielsetzung der Fernmeldeordnung*, wie sie im Zweckartikel des Gesetzes Ausdruck findet: Danach sollen "die Fernmeldebedürfnisse von Bevölkerung und Wirtschaft in allen Landesteilen zuverlässig, preiswert und nach den gleichen Grundsätzen befriedigt werden" (Art. 1 FMG).

a. Anlass zur 1991 abgeschlossenen Totalrevision der Fernmeldegesetzgebung gaben die in den westlichen Industrieländern zu Beginn der achtziger Jahre einsetzenden *Liberalisierungstendenzen im Telekommunikationsbereich*²⁶. Im Gesetzgebungsverfahren wurde nach einer wettbewerblichen Lösung gesucht, ohne den bisherigen Monopolstatus

22 Amtl. Bull. N 1990 46 (Berichterstatter AUER; ebd. auch inhaltlich gleich Berichterstatter CACCIA).

23 Botschaft FMG (FN 13), 1333, 1341; Amtl. Bull. N 1990 45 (Berichterstatter AUER, ebd. auch Berichterstatter CACCIA).

24 Eine Sensibilisierung für die Anliegen der Hör- und Sprechgeschädigten lässt sich nämlich insbesondere beim Kommissionssprecher des Nationalrates, AUER, ausmachen: "Dank Telematik können heute Gehörlose via Bildschirm miteinander telefonieren", oder: "Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass heute Telematik Blinden und Tauben einen grossen Dienst erweisen kann" (Amtl. Bull. N 1990 27 und 38).

25 Vgl. Botschaft FMG (FN 13), 1340 ff.

26 Vgl. nur die Eintretensvoten der Berichterstatter der Kommission AUER und CACCIA, Amtl. Bull. N 1990 26 ff. und 28 ff.

der PTT preisgeben. Dem Mehrheitswillen zufolge sollten nur jene Bereiche bei den PTT-Betrieben verbleiben, die zur Deckung der *grundsätzlichen Telekommunikationsbedürfnisse* von Bevölkerung und Wirtschaft notwendig sind und insofern einem Service public entsprechen²⁷.

b. Massgebendes Kriterium für die *Zuordnung zum Grunddienst* war denn auch die Frage, ob ein Wettbewerbsregime die *Erfüllung der elementaren Fernmeldebedürfnisse* beeinträchtigen würde:

"Diese Regelung soll sicherstellen, dass die PTT wie bisher jedermann, sei er Gross- oder Kleinkunde, wohne er in der Stadt oder in einem abgelegenen Bergtal, zuverlässig, preiswert und nach den gleichen Grundsätzen mit solchen Diensten versorgen können. Bei einer Organisation nach rein kommerziellen Grundsätzen bestünde demgegenüber die Gefahr einer Verschärfung sozialer und regionaler Ungleichgewichte."²⁸

Für die Zweiteilung in Grunddienst und in erweiterte Dienste standen also neben regionalpolitischen insbesondere auch *soziale Überlegungen* im Vordergrund²⁹.

26. Ihre grundsätzlichen Telekommunikationsbedürfnisse befriedigen Bürgerinnen und Bürger in erster Linie durch Teilnahme am Telefonverkehr (Nrn. 3 f.).

a. Können bestimmte Bevölkerungsgruppen die übliche Sprechtelefonie aufgrund körperlicher Behinderung nicht nutzen, darf daraus nicht geschlossen werden, dass sie auf die *Funktion* der Telefonie nicht angewiesen wären. Vermittelte Telefonie ist Hörgeschädigten zur Erfüllung ihrer Kommunikationsbedürfnisse *wesentlich* – unter Umständen gar mehr als hörenden Menschen, denn sie erlaubt die Pflege sozialer Kontakte über die spezifische Gruppe der Behinderten hinaus. Wer den Hörgeschädigten den Zugang zum Telefondienst als Grunddienst verwehrt, spricht ihnen gleichzeitig das Recht zur Teilhabe an einer Gesellschaft ab, die sich nicht zuletzt dank der als Service public angebotenen Telefonie zunehmend als Kommunikationsgesellschaft versteht.

b. Ein Ausschluss der Telefonvermittlung vom Grunddienst hat wegen des Numerus clausus der Fernmelde-dienste zur Folge, dass sie unter die erweiterten Dienste fällt und dem freien Wettbewerb ausgesetzt wird. Damit würde die auch soziale Zielsetzung der Fernmeldeordnung in ihr Gegenteil verkehrt, indem gesellschaftliche Ungleichgewichte nicht nivelliert, sondern verschärft würden.

Ein Wettbewerbssystem hat, wie es heisst, eher eine Überversorgung zur Folge als eine Unterversorgung³⁰. Man kann seine Zweifel haben, ob dies auch auf das Kommunikationsangebot für Gehörlose zutreffen würde. Tatsache ist: Der Vermittlungsdienst für Behinderte existiert allein aufgrund privater Spenden und Zuwendungen der öffentlichen Hand. Dass die Privatisierung ehemals staatlicher Dienstleistungen für Behinderte nachteilige Folgen haben kann, betont auch ein aktueller Bericht des UNO-Generalsekretärs: "... current economic and social deterioration, marked by (...) reduced public expenditure, current structural adjustment programmes and privatization, have negatively affected programmes and services ... If the present negative trends continue, there is a risk that [persons with disabilities] may increasingly be relegated to the margins of society, dependent on ad hoc support."³¹

F. Fernmelderechtliches Fazit

27. Ob die Telefonvermittlung für Hörgeschädigte gleich den Telefon-, Telex- oder Telefaxdiensten dem Grunddienst zuzuordnen ist, kann eine Auslegung des Fernmelderechts *nicht mit letzter Sicherheit* beantworten. Wiewohl aufgrund der kommunikativen und sozialen Zielsetzung der Fernmeldeordnung gewichtige Gründe für einen derartigen Einbezug sprechen, bleiben – auf der verwaltungsrechtlichen Ebene – Zweifel bestehen. Die massgebenden Erlasse müssen daher zusätzlich unter das Licht der Verfassung (insbesondere der Rechtsgleichheit) gestellt werden. Wir gehen im folgenden der Frage nach, ob der Begriff des Grunddienstes, so wie er unter gebührender Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebotes zu verstehen ist, auch die Telefonvermittlung für Hörgeschädigte miteinschliesst.

IV. Anforderungen der Rechtsgleichheit an die fernmelderechtliche Behandlung von Gehörlosen

A. Die Hör- und Sprechschädigung als rechtserheblicher Umstand?

28. Die Rechtsgleichheit gewährleistet die *Gleichbehandlung aller im Recht*, ohne Ansehung von Person, Herkunft oder gesellschaftlicher Stellung; sie ist *rechtlicher Ausdruck der allgemeinen Menschenwürde*, daher auch Menschenrecht³². Verfassungsmässige Verankerung findet die Rechtsgleichheit in Art. 4 BV.

27 Ähnlich KNAPP (FN 8), 499. Vgl. auch WEBER (FN 19), 84 ff.

28 Botschaft FMG (FN 13), 1333.

29 Vgl. z.B. Amtl. Bull. N 1990 39 (Bundesrat OGI). Auch die EU-Richtlinie 90/388 vom 28.6.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste (ABl. 1990 L 192/10 vom 24.7.1990), die die Mitgliedstaaten zur Beseitigung der besonderen oder ausschliesslichen Rechte bei der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen verpflichtet, statuiert eine Ausnahme für den Grunddienst; dieser bleibt vorwiegend aus sozialen Gründen den nationalen PTT-Betrieben als Monopolbetrieben vorbehalten. Allerdings ist der Grunddienst als Echtzeit-Sprachtelefondienst sehr restriktiv umschrieben (Art. 1 No. 1 S. 6 der Richtlinie); in der Zwischenzeit hat der Europarat zudem beschlossen, dass die Mitgliedstaaten bis spätestens anfangs 1998 den Wettbewerb auch für die Sprechtelefonie einzuführen haben (ABl. 1993 C 213/1 vom 6.8.1993). Zum Ganzen WEBER (FN 19), 69 f.

30 Vgl. WEBER (FN 19), 87, mit Hinweisen.

31 Zitiert nach Committee on Economic, Social und Cultural Rights, Report on the tenth and eleventh sessions, Official Records 1995 Supplement No. 3 (E/1995/22-E/C.12/1994/20), General Comment No. 5 (1994), S. 101 Rz. 10.

32 GEORG MÜLLER in Kommentar BV, Art. 4 Rz. 1, 19, 26; JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2. A., Bern 1991, 214, 219.

29. Art. 4 BV verlangt *keine absolute Gleichbehandlung*. Vielmehr versteht er sich als *Gebot sachgerechter Differenzierung* und als *Verbot sachfremder Gleichsetzung*:

"Ein Erlass verletzt den Grundsatz der Rechtsgleichheit und damit Art. 4 Abs. 1 BV, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird; vorausgesetzt ist, dass sich der unbegründete Unterschied oder die unbegründete Gleichstellung auf eine wesentliche Tatsache bezieht."³³

Danach liegt das entscheidende *Kriterium einer zulässigen Ungleichbehandlung* bei der *Rechtserheblichkeit der tatsächlichen Unterschiede* (und entsprechend für zulässige Gleichbehandlung: bei der Rechtserheblichkeit tatsächlich gleicher Verhältnisse).

30. Solche Rechtserheblichkeit verkörpert ihrerseits *keine feste Grösse*. Sie kann ändern, "je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen"; jedenfalls bleibt dem Gesetzgeber "ein weiter Spielraum der Gestaltungsfreiheit"³⁴. Dennoch kann das Kriterium der Rechtserheblichkeit unter Umständen *festere Konturen* gewinnen.

a. Die Rechtserheblichkeit eines tatsächlichen Unterschieds ergibt sich *nicht nur aus jenen Standards, die ihren Ausdruck im positiven Recht bereits gefunden haben*, sonst würde Rechtsgleichheit nurmehr nach Massgabe der Gesetzgebung gewährt³⁵. Sind zur Rechtserheblichkeit eines tatsächlichen Unterschieds "herrschende Anschauungen" in der Öffentlichkeit in nachprüfbarer Weise ausgemacht, so kann eine bislang einwandfreie Rechtsnorm aus dem Bereich der gerichtlich tolerierten Gestaltungsfreiheit herausfallen³⁶. Dies gilt erst recht, wenn solche gesellschaftlichen Auffassungen in Teilen der Rechtsordnung bereits Fuss gefasst haben und sich dadurch – wenn auch möglicherweise fragmentarisch und wenig konturiert – eine erste rechtsförmige Anerkennung verschafft haben.

b. Sodann geht die Handlungsfreiheit des Gesetzgebers in dem Masse zurück, als die *Grundrechtsrelevanz* der zu beurteilenden Regelung und die *Persönlichkeitsrelevanz* des tatsächlichen Unterschieds zunehmen:

"Ein *strengerer Massstab* ist jedoch dann anzuwenden, wenn die rechtlich ungleiche Behandlung in einem Bereich erfolgt, der durch die Grundrechte einen besonderen Schutz erfährt. Dies ist der Fall, wenn die ungleiche Behandlung den Menschen in seiner *Wertschätzung als Person* betrifft (Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Rasse usw.) oder *im Bereiche von verfassungsmässigen Ansprüchen der Bürger* sowie von grundrechtsbeschränkenden Massnahmen erfolgt. In solchen Fällen müssen *triftige und ernsthafte Gründe* vorliegen, die sich aus den tatsächlichen Unterschieden ergeben, damit eine rechtliche Ungleichbehandlung vor der Verfassung standhält."³⁷

Die Rechtsprechung anerkennt also den *Bestand von "besonderen" Regelungsmaterien*, bei denen tatsächliche Unterschiede nur noch unter *qualifizierten Voraussetzungen* Anlass zu rechtlicher Ungleichbehandlung geben dürfen.

31. Wenn die Benachteiligungen der Gehörlosen im Telefonverkehr (wie früher bemerkt, II/C, D) teils darauf zurückgehen, dass die Telefonvermittlung nicht als Grunddienst erbracht wird, teils ferner darauf, dass das geltende Tarifgefüge keine Rücksicht auf die individuelle Hör- und Sprechkompetenz der Abonnenten nimmt: Dann führt dies zur Frage, ob allenfalls sowohl eine *unzulässige Ungleichbehandlung* als auch eine *unzulässige Gleichstellung* vorliege.

a. Ob ein Erlass vor der Rechtsgleichheit standhält, ist gewöhnlich in *zwei Schritten* zu prüfen³⁸: Zunächst wird geklärt, ob der Erlass in sich widerspruchsfrei ist und insbesondere, ob die angefochtene Norm mit dem Gesetzeszweck übereinstimmt; sodann, ob der Gesetzeszweck seinerseits den Grundwertungen der geltenden Rechts- und Staatsordnung genügt. Vorliegend erweist sich dieses Vorgehen allerdings als *wenig praktikabel*. Zwar lässt sich der Zweck des FMG ohne weiteres benennen: Es sollen "die Fernmeldebedürfnisse von Bevölkerung und Wirtschaft ... nach gleichen Grundsätzen befriedigt werden können" (Art. 1 FMG). Aber man kann nicht mit Sicherheit sagen, ob diese Bedürfnisse unbesehen der individuellen Sprech- und Hörfähigkeiten zu befriedigen sind, oder ob im Gegenteil aus der technischen Rationalität der Fernmeldemittel (besonders der Telefonie) eine Einschränkung des Zwecks auf die sprech- und hörfähige Bevölkerung folgt. *Der Gesetzeszweck stiftet der Prüfung also keinen zuverlässigen Bezugspunkt*.

b. Deshalb muss – unter Rückgriff auf die Formel des Bundesgerichts – doch wieder *direkt* untersucht werden, ob die Sprech- und Hörschädigung mit Blick auf die zu regelnden Verhältnisse rechtserheblich sei. Wegen der Unsicherheiten, die der Zweckartikel des FMG hinterlässt, und auch wegen der erheblichen Gestaltungsfreiheit, die dem Gesetzgeber bei der Festlegung solcher Zwecksetzungen zukommt, empfiehlt sich von vornherein die Suche nach besonders signifikanten Argumenten. In diesem Sinne ist zu fragen, ob die *Behinderung* eines Menschen (hier: die Hör- und Sprechschädigung) zum inneren Kreis jener "besonderen" tatsächlichen Verhältnisse gehöre, bei denen die Gleichheitsprüfung einem "*strengerem Massstab*" folgt. Dafür müssen die vom Bundesgericht genannten Kriterien herangezogen werden: zunächst die Grundrechtsrelevanz des Regelungsbereichs, hier des Telefonverkehrs (B), sodann die Persönlichkeitsrelevanz des tatsächlichen Unterschieds, hier des Faktums "Behinderung" (C).

33 BGE 121 I 104 E. 4 a; 117 Ia 101 E. 3 a; 114 Ia 223 f. E. 2 b.

34 BGE 121 I 104 E. 4 a; 117 Ia 101 E. 3 a; 114 Ia 223 f. E. 2 b.

35 J. P. MÜLLER (FN 32), 216.

36 Vgl. BGE 110 Ia 7, besonders 15–21 E. 3 zur Besteuerung von Ehegatten und Konkubinatspaaren.

37 BGE 106 Ib 188 f. E. 4 a, bestätigt mit 116 V 207 f. E. 2 a/bb (Hervorhebungen nur hier). Vgl. auch J. P. MÜLLER (FN 32), 217 f.

38 Vgl. G. MÜLLER (FN 32), Rz. 31 f., mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

B. Zur Grundrechtsrelevanz des Telefonverkehrs

32. Das Telefon wirkt wesentlich als Mittel der Kontaktaufnahme, als Mittel des Meinungsaustauschs und als Mittel des Wirtschaftsverkehrs (Nr. 3). Damit kommen als berührte Grundrechte vorab die Persönliche Freiheit, die Meinungsfreiheit und die Handels- und Gewerbefreiheit in Betracht.

33. Die *Persönliche Freiheit* schützt die "elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung"³⁹. Hierzu zählt auch die *grundsätzliche Möglichkeit der Kontaktaufnahme zu Mitmenschen*⁴⁰: Die körperliche und geistige Entfaltung eines Individuums wird entscheidend durch die Begegnung und den Austausch mit anderen Menschen geprägt; erst im sozialen Verband kann es seine Persönlichkeit ausbilden und erhalten. Die Möglichkeiten der Kontaktaufnahme werden heute weithin durch die *Verfügbarkeit des Telefons* bestimmt. Das Telefon verkörpert zwar in dieser Hinsicht nicht das einzige Mittel, wohl aber ist es Mittel zur *Kontaktaufnahme in der gesellschaftsüblichen Form*. Mit dem Telefon umgehen zu können gehört daher zu den elementaren Fähigkeiten eines erfolgreich sozialisierten Menschen; entsprechend liegt in der breiten Zugänglichkeit des Telefons eine entscheidende Voraussetzung personaler Entfaltung.

34. Die *Meinungsfreiheit* gibt dem Einzelnen das Recht, sich eine Meinung zu *bilden*, eine eigene Meinung zu *haben*, diese Meinung zu *äussern* und sie anderen Menschen *weiterzugeben*⁴¹. In diesem Rahmen schützt sie auch die *Mittel der Meinungsäusserung*⁴² einschliesslich der *technischen Hilfsmittel*, soweit der konkrete Kommunikationszweck dies erfordert⁴³. Damit schützt die Meinungsfreiheit – auch – den fernmündlichen und den fernschriftlichen Dialog. Und ebenso offensichtlich gehört das Telefon zu jenen technischen Hilfsmitteln der Meinungsäusserung, deren Einsatz mit Blick auf den grundrechtlich geschützten Kommunikationszweck – hier: den zeitgleichen Nachrichtenaustausch unter räumlich Abwesenden – notwendig erscheint.

35. Die *Handels- und Gewerbefreiheit* (Art. 31 BV) endlich gewährleistet die "freie Wahl der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit"⁴⁴. Sie schützt insbesondere die *freie Wahl der sachlichen Betriebsmittel*⁴⁵ und die *freie Meinungsäusserung zu wirtschaftlichen Zwecken*⁴⁶. Soweit also der Telefonverkehr bei Ausübung grundrechtlich geschützter Wirtschaftstätigkeiten zum Einsatz kommt, fällt er in den Schutzbereich von Art. 31 BV. Zum selben Schluss gelangt, wer im Telefonverkehr ein sachliches Betriebsmittel sieht, dessen freie Wahl durch Art. 31 BV gewährleistet ist.

36. *Zusammenfassend*: Telefongespräche können (je nach dem, zu welchem Zweck sie geführt werden) in den Schutzbereich der Persönlichen Freiheit, der Meinungsfreiheit und der Handels- und Gewerbefreiheit fallen. Damit berührt sich das Fernmelderecht mit einem "Bereich von verfassungsmässigen Ansprüchen der Bürger" (Nr. 30 b) –

und damit liegt auch ein erstes Indiz dafür vor, dass die Regelung des Telefonverkehrs unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit einem strengeren Massstab zu genügen hat.

C. Zur Persönlichkeitsrelevanz des Faktums "Behinderung"

37. Rechtlich ungleiche Behandlungen folgen auch dort einem strengeren Massstab, wo die "Wertschätzung [der Betroffenen] als Person" (Nr. 30 b) in Frage gestellt würde. Die Formel evoziert *Art. 4 BV als Grundlage eines verfassungsmässigen Diskriminierungsverbots*.

38. Tatsächlich umschliesst der Gleichheitssatz ein derartiges Verbot, wenn auch seine *Tragweite nicht restlos klar* liegt⁴⁷.

a. Das *Bundesgericht* hat das Kriterium von der "Wertschätzung als Person" nicht weiter verdeutlicht, abgesehen von den heute im Grundsatz unstrittigen Fällen der Diskriminierung aufgrund von *Geschlecht* und *Rasse*. Das Verbot der geschlechtsspezifischen Diskriminierung ist ausserdem seit 1981 durch Art. 4 Abs. 2 BV ausdrücklich positiviert⁴⁸.

b. Der *Entwurf 1995 des Bundesrates für eine nachgeführte Bundesverfassung*⁴⁹ verbietet jede Diskriminierung eines Menschen "insbesondere wegen seiner Herkunft, seines Geschlechts, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner sozialen Stellung oder wegen seiner religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung". Der Entwurf

39 Statt vieler BGE 119 Ia 474 E. 5 a.

40 Vgl. BGE 103 Ia 295 E. 4 a zur Einzelhaft von Untersuchungsgefangenen (das Recht "d'avoir des contacts avec autrui"); ferner die Rechtsprechungsübersicht bei J. P. MÜLLER (FN 32), 28 ff.

41 BGE 117 Ia 478 E. 3 c. J. P. MÜLLER (FN 32), 92.

42 BGE 117 Ia 478 E. 3 c.

43 J. P. MÜLLER (FN 32), 93 (Hervorhebung nur hier).

44 BGE 105 Ia 71 E. 4 b. Vgl. auch 120 Ia 132 E. 4 a; 118 Ia 176 E. 1.

45 Vgl. J. P. MÜLLER (FN 32), 358 und RENÉ RHINOW in Kommentar BV, Art. 31 Rz. 84, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

46 Vgl. RHINOW (FN 45), Rz. 84. Dies gilt nach (bestrittener) Auffassung auch für das Verbreiten von Werbung (BGE 116 Ia 347 ff. E. 3, 4). Für Kritik JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Bd. 2, Basel/Frankfurt (M) 1995, Rz. 2009; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3. A., Zürich 1993, Rz. 1268; J. P. MÜLLER, Grundrechte (FN 32), 90. Vgl. jetzt das Urteil *Casado Coca* des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 24.2.1994 (A/285, §§ 35–37), wonach kommerzielle Reklame in den Schutzbereich der Meinungs- und Informationsfreiheit im Sinne von Art. 10 EMRK fällt.

47 Über die Rolle von Art. 4 BV als Diskriminierungsverbot vgl. J. P. MÜLLER (FN 32), 217 f.

48 AS 1981 1243. Zur dadurch bewirkten Änderung der Rechtslage BGE 116 V 208 f. E. 2 a/bb.

49 Verfassungsentwurf (FN 5), Art. 7 Abs. 2.

beansprucht, das heute geltende Verfassungsrecht wiederzugeben⁵⁰. Die Behinderung wird nicht eigens erwähnt, doch gilt die Liste der Merkmale ausdrücklich als nicht abschliessend⁵¹.

39. Auf die Enumeration von einzelnen Diskriminierungstatbeständen kann es aber letztlich nicht ankommen. *Zentrales Kriterium* des Diskriminierungsverbotes bildet vielmehr der Angriff auf die *"Wertschätzung als Person"*. Dieses Kriterium verlangt von den unter den Schutz des Verbots zu stellenden *personalen Eigenschaften* eine *bestimmte objektive Qualität*: Es muss sich unseres Erachtens um Eigenschaften handeln, die (1) nicht freiwillig angenommen werden können, (2) ein Stigmatisierungspotential beinhalten und (3) insofern persönlichkeitsbildend sind, als sie die zentralen Konstituenzien der physischen oder psychischen Identität eines Menschen prägen. Das Stigmatisierungspotential im besonderen bedingt eine gewisse Wahrnehmbarkeit der Eigenschaften. Soviel ist für körperliche Merkmale (wie Rasse, Hautfarbe, Geschlecht) offensichtlich gegeben; wahrnehmbar sind aber auch bloss Verhaltensmerkmale, wenn sie allein um den Preis einer Stigmatisierung gesellschaftsöffentlich gelebt werden können.

40. Auch eine objektiv erwiesene Diskriminierung kann allerdings nicht ohne weiteres *durch das Recht* überwunden werden. Dies gelingt nur, wenn zur objektiven Qualität der je in Frage stehenden personalen Eigenschaft eine *sich festigende gesellschaftliche Einschätzung der Ungleichbehandlung als Diskriminierung* hinzutritt. Solche Einschätzung bedingt (1) ein entsprechendes Bewusstsein der die Ungleichbehandlung erleidenden Individuen, (2) die Bereitschaft der betroffenen Individuen, sich als diskriminierte Gruppe zu definieren und (3) den politischen Willen von erheblichen Teilen der Rechtsgemeinschaft, diese Diskriminierung abzubauen und insofern sich selbst und der eigenen Rechtsordnung voraus zu sein.

41. Nach dem derzeitigen Stand der Entwicklung spricht manches dafür, die Behinderung zu jenen Persönlichkeitsmerkmalen zu zählen, aufgrund derer eine rechtliche Ungleichbehandlung grundsätzlich nicht mehr zulässig ist.

a. Behinderungen werden nicht freiwillig angenommen, sie bergen nach aller Erfahrung ein unmittelbar wahrnehmbares Stigmatisierungspotential, und sie bestimmen ganz direkt die Identität eines Menschen, indem sie ihm eine Vielzahl körperlicher oder geistiger Entfaltungschancen von vornherein abschneiden. Damit erfüllt das *Faktum "Behinderung"* grundsätzlich die geforderten *qualitativen Voraussetzungen* (Nr. 39) – wenn auch im einzelnen die Grenze zu den alltäglichen "kleinen" Behinderungen zu klären bleibt, die unter dem Gesichtspunkt des Diskriminierungsverbots nicht ins Gewicht fallen können.

b. Ebenso wenig fehlt es an der entsprechenden *gesellschaftlichen Einschätzung* (Nr. 40). Aus der Sicht der betroffenen Individuen kann nicht zweifelhaft sein, dass rechtsungleiche Behandlung als Folge einer Behinderung die *"Wertschätzung als Person"* herabsetzt. Die Erfahrung

des Weniger-wert-Seins ist stets gegenwärtiges Erlebnis behinderter Menschen in einer Umwelt, die sich auf den "vollständigen", uneingeschränkt über alle Sinne und Fähigkeiten verfügenden Menschen als Normaltypus eingestellt hat. Zahlreiche Selbsthilfegruppen und die Tatsache, dass politische Forderungen zum Abbau von Benachteiligungen erhoben werden, zeugen ausserdem von der Bereitschaft der Behinderten, sich als Teil einer gesellschaftlich diskriminierten Gruppe zu verstehen. Und in der Rechtsgemeinschaft selbst scheint sich mehr und mehr die Überzeugung herauszubilden, dass rechtliche Benachteiligungen allein aufgrund einer Behinderung diskriminierender Natur sind. Diese Überzeugung hat bereits verschiedentlich ihren normativen Niederschlag gefunden (D).

D. Normative Zeichen einer heranwachsenden Rechtsüberzeugung

42. Deutliche Hinweise auf den Bestand eines behindertenspezifischen Diskriminierungsverbotes folgen aus dem *Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*⁵² (Pakt I).

a. Mit dem Beitritt zum Pakt hat sich die Schweiz verpflichtet "zu gewährleisten, dass die in diesem Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status ausgeübt werden" (Art. 2 Abs. 1 Pakt I). Diskriminierungen aufgrund körperlicher oder geistiger Behinderung werden im Pakt nicht ausdrücklich genannt. Das für die Behandlung der Staatenberichte (Art. 16 Pakt I) besorgte Committee on Economic, Social and Cultural Rights hat aber festgehalten, *Behinderte* seien *vom Geltungsbereich des Pakts miteingefasst* und müssten ihre wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Rechte in gleicher Weise ausüben können wie Nichtbehinderte⁵³.

b. Als Vertragsstaat anerkennt die Schweiz unter anderem das "Recht eines jeden" (und damit auch von Personen mit Behinderungen), "am kulturellen Leben teilzunehmen" und "an den Errungenschaften des wissenschaftlichen Fortschritts und seiner Anwendung teilzuhaben" (Art. 15 Abs. 1

50 Erläuterungen zum Verfassungsentwurf (FN 5), 12 f.

51 Erläuterungen zum Verfassungsentwurf (FN 5), 35.

52 SR 0.103.1; AS 1993 725. Für die Schweiz in Kraft getreten am 18.9.1992. Zur völkerrechtlichen Verbindlichkeit des Pakts vgl. MANFRED NOVAK, Inhalt, Bedeutung und Durchsetzungsmechanismen der beiden UNO-Menschenrechtspakte, in WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOVAK (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, Basel und Frankfurt (M) 1991, 10.

53 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment (FN 31), 100 Rz. 5, 15. Vgl. auch MATTHEW CRAVEN, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Oxford 1995, 168 ff., besonders 169.

Pakt I). Diese Rechte schliessen die Verpflichtung ein "that communication barriers be eliminated to the greatest extent possible"⁵⁴.

43. Daneben besteht eine Reihe behindertenspezifischer *Diskriminierungsverbote von Verfassungsrang*.

a. So bestimmt Art. 5 Abs. 2 der Verfassung von *Appenzell-Ausserrhododens*⁵⁵: "Niemand darf insbesondere aufgrund seines Geschlechts, (...) seiner Lebensform oder seiner körperlichen und geistigen Anlagen diskriminiert werden."

Ein vergleichbares Verbot findet sich in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 des Verfassungsentwurfs KÖLZ/MÜLLER⁵⁶: "Niemand darf wegen einer Behinderung benachteiligt werden." Zwar beschränkt sich dieser Verfassungsentwurf nicht auf die blosse Aufarbeitung des geltenden Verfassungsrechts; er will darüber hinaus materiell Neues präsentieren, wozu die Autoren namentlich die eben wiedergegebene Bestimmung zählen⁵⁷. Die Neuerungen werden aber zum etablierten Bereich des Konsensfähigen gerechnet⁵⁸.

b. Im weiteren kennen mehrere *ausländische Verfassungen* behindertenspezifische Diskriminierungsverbote, beispielsweise die Verfassung der Republik *Portugal*⁵⁹, das Grundgesetz für die Bundesrepublik *Deutschland*⁶⁰, die Verfassung des Landes *Brandenburg*⁶¹.

44. Verbreitet erscheint die Eingliederung Behinderter auch als *verfassungsrechtliches Sozialziel*, das heisst als Verfassungsanliegen, das über die Sozialversicherung hinaus alle Aufgabenbereiche durchdringt, in denen behinderte Menschen Gefahr laufen, benachteiligt zu werden.

a. Sozialziele dieser Art erscheinen in einigen *Kantonsverfassungen*, deutlich etwa in der Verfassung des Kantons *Bern*⁶².

b. Entsprechungen finden sich in den Verfassungen *Griechenlands*⁶³, *Portugals*⁶⁴ und *Spaniens*⁶⁵. Besonders aussagekräftige Formulierungen enthalten die Verfassungen der *neuen deutschen Bundesländer*: So stehen zufolge der *thüringischen Verfassung*⁶⁶ "Menschen mit Behinderung ... unter dem Schutz des Freistaats"; "das Land und seine Gebietskörperschaften fördern ihre gleichwertige Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft".

45. Vereinzelt ist das Integrationsanliegen von der *ein-fachen Gesetzgebung* aufgenommen worden. Daran ist wesentlich, dass die Massnahmen zur Eingliederung Behinderter als *Bestandteil des jeweiligen Aufgabengesetzes* erscheinen und unmittelbar die zum Vollzug dieser Gesetze zuständigen Behörden verpflichten. Die Kosten der Integration werden also umweglos dem jeweiligen Ressortetat angelastet und gegebenenfalls auch den Privaten, die aufgrund dieser Gesetze Bewilligungen erhalten.

a. In diesem Sinne bestimmt Art. 51 Abs. 2 Bst. e des revidierten *Eisenbahngesetzes*, dass bei der Festlegung des Leistungsangebotes im Bahnverkehr die "Anliegen der Behinderten" in Betracht gezogen werden müssen⁶⁷. Der Passus soll sicherstellen, dass "bereits bei der Planung der Infrastruktur und des Rollmaterials" auf breitest mögliche Zugänglichkeit zum öffentlichen Verkehr geachtet wird, wobei man durchaus bereit war, den Transportunternehmen Mehrkosten zuzumuten und den nicht-behinderten Fahrgästen die Hinnahme jener Verzögerungen im

Verkehrsfluss abzuverlangen, die sich aus der Integration Behinderter ergeben⁶⁸.

b. Verschiedene kantonale *Baugesetze* halten zu behindertengerechter Ausstattung neuer Bauten und Anlagen an, wobei für Gebäude mit erheblichem Publikumsverkehr verschärfte Vorschriften gelten⁶⁹. Vergleichbare Bestimmungen finden sich in kantonalen *Strassenbaugesetzen*⁷⁰.

c. Auch im *Schulwesen* scheint es eine neuere Entwicklung darauf anzulegen, behinderte Kinder wenn immer möglich in Regelklassen zu unterrichten; die lange Zeit übliche Zuteilung solcher Schülerinnen und Schüler zu besonderen Ausbildungsgängen erscheint nunmehr als subsidiäre Massnahme⁷¹.

E. Grundrechtliches Fazit

46. Wenn der Telefonverkehr aufgrund seiner vielfältigen kommunikativen Funktionen in den Schutzbereich mehrerer Grundrechte fällt (B) und wenn die Behinderung eines Menschen an dessen "Wertschätzung als Person" rührt (C):

54 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment (FN 31), 107 Rz. 37.

55 Vom 30.4.1995 (SR 131.224.1); in Kraft seit dem 1.5.1996.

56 ALFRED KÖLZ/JÖRG PAUL MÜLLER, Entwurf für eine neue Bundesverfassung, vom 16. Mai 1984, 3., überarbeitete Auflage vom 23. März 1995, Bern 1995.

57 Vgl. das Vorwort 1995 des Verfassungsentwurfs (FN 56).

58 Vgl. das Vorwort 1984 des Verfassungsentwurfs (FN 56).

59 Vom 2.4.1976 (mehrfach geändert), Art. 71 Abs. 1.

60 Vom 23.5.1949 (mehrfach geändert), Art. 3 Abs. 3 Satz 2. Das Diskriminierungsverbot zugunsten der Behinderten ist 1994 eingefügt worden (42. Änderungsgesetz zum Grundgesetz, BGBl 1994 I 3146).

61 Vom 20.8.1992, Art. 12 Abs. 2.

62 Vom 6.6.1993 (SR 131.212), Art. 30 Abs. 1 Bst. g. Hierzu ÜRS BOLZ, Kurzkommentar zu Art. 30 KV-BE, in WALTER KÄLIN/ÜRS BOLZ (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, 320 f. Ähnlich Art. 25 Bst. e KV-AR (FN 55). Weniger ausgeprägt Art. 31 Abs. 1 Bst. c des Bundesratsentwurfs für eine nachgeführte Bundesverfassung (FN 5).

63 Vom 9.6.1975 (mehrfach geändert), Art. 21 Abs. 3.

64 FN 59, Art. 71 Abs. 2.

65 Vom 29.12.1978 (mehrfach geändert), Art. 49.

66 Vom 25.10.1993, Art. 2 Abs. 4. Vergleichbar die Verfassungen der Länder Brandenburg (FN 61, Art. 12 Abs. 4), Mecklenburg-Vorpommern (vom 23.5.1993, Art. 17 Abs. 2), Sachsen (vom 27.5.1992, Art. 7 Abs. 2) und Sachsen-Anhalt (vom 16.7.1992, Art. 38).

67 Eisenbahngesetz vom 20.12.1957 (EBG; SR 742.101), in der Fassung vom 24.3.1995 (BB1 1995 II 442, 443). Die Bestimmung wurde im Verlauf der parlamentarischen Beratungen eingefügt (Amtl. Bull. N 1995 287, 291; S 1995 284).

68 Amtl. Bull. N 1995 290 (NABHOLZ), 291 (Bundesrat OGI); Amtl. Bull. S 1995 284 (Bundesrat OGI).

69 Vgl. als Beispiel Art. 22 f. des bernischen Baugesetzes, vom 9.6.1985, BSG 721. Hierzu ALDO ZAUGG, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 2. A., Bern 1995, 205 ff.

70 Vgl. als Beispiel Art. 24d des bernischen Gesetzes über Bau und Unterhalt der Strassen, vom 2.2.1964, BSG 732.11.

71 Vgl. als Beispiel Art. 17 des bernischen Volksschulgesetzes, vom 19.3.1992, BSG 432.210.

Dann muss sich das Fernmelderecht, soweit es den Telefonverkehr von sprech- und hörgeschädigten Personen regelt, *unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit* einen *strengeren Massstab* (Nr. 30 b) anlegen lassen. Dieser Satz wird zusätzlich gestützt durch normative Hinweise auf eine sich herausbildende entsprechende Rechtsüberzeugung (D).

47. Dem strengeren Massstab zufolge dürfen Gehörlose ohne Verletzung von Art. 4 BV nicht schon aus "vernünftigen", sondern – wenn überhaupt – nur aus *qualifizierten* (nämlich "triftigen und ernsthaften") *Gründen* schlechter gestellt werden als Hörende.

a. Ob solche qualifizierten Gründe ausgemacht werden können, lässt sich zwar (wie bei Art. 4 BV allgemein) nur mit Blick auf die zu regelnden Verhältnisse – hier: den Telefonverkehr – und die dabei massgeblichen Zwecksetzungen – hier: die Ziele des FMG – entscheiden. Wegen des strengeren Massstabs *verbietet sich* aber eine *an den technischen Rationalitäten der Fernmeldetechnik orientierte Betrachtungsweise*, denn eine solche Sicht der Dinge hätte gerade die verpönten Diskriminierungen zur Folge. Ebenso wenig fällt als "triftiger Grund" der finanzielle Aufwand in Betracht, der den PTT aus der Übernahme des Vermittlungsdienstes erwachsen würde, denn dieser Aufwand erscheint gemessen am Ertragsvolumen der Telefonie verschwindend klein (Nr. 8 c). Als massgebender Blickpunkt einer rechtsgleichen Regelung des Telefonverkehrs kann daher allein die *in der Person liegende Möglichkeit der telefonischen Kommunikation* wirken.

b. Als Folge davon erscheint die Tatsache, dass Gehörlose *wegen* ihrer Behinderung nur über technische Umwege telefonieren können, für sich allein genommen nicht als rechtserheblich. *Technisch unterschiedliche Formen zweier funktional vergleichbarer Fernmeldevorgänge* dürfen mithin fernmelderechtlich nur solange unterschiedlich behandelt werden, als diese technischen Formen von den Benützern *unbeschadet persönlicher Hör- und Sprechbehinderung frei gewählt* werden können.

V. Ergebnis

48. Der *Telefonverkehr der Gehörlosen* zählt aus Gründen der Rechtsgleichheit – und damit von *Verfassung* wegen – zum *Telefondienst*. Daraus ergeben sich mehrere Konsequenzen.

a. Weil nach geltendem Recht die *PTT-Betriebe* den Telefondienst erbringen, müssen sie in gleicher Weise auch die *Telefonvermittlung für Gehörlose sicherstellen*. Das Fernmeldegesetz braucht hierfür nicht geändert zu werden; es reicht, die einschlägigen Bestimmungen grundrechtskonform auszulegen. Im Interesse der Rechtsklarheit ist eine Ergänzung der Fernmeldeverordnung erwünscht.

b. *In tariflicher Hinsicht* dürfen Gehörlose für Leistungen, die sich unter funktionalen Gesichtspunkten gleich darstellen, *nicht höher belastet werden als Hörende*. Dies bedingt eine Anpassung der Fernmeldeverordnung. Gewisse Schematisierungen (beispielsweise die Gewährung

pauschaler Rabatte) sind zulässig, sofern sich eine auf die Charakteristik des jeweiligen Einzelgesprächs zugeschnittene Tarifierung als unpraktikabel erweist.

Les malentendants peuvent en principe aussi communiquer par téléphone: entre eux directement de téléscrip-teur en téléscrip-teur, avec d'autres personnes non sourdes indirectement par l'intermédiaire d'une standardiste qui fait office de relais et de traductrice. Selon la pratique actuelle, la téléphoniste n'est pas reconnue comme service de base et n'est donc pas offerte par les PTT à ce titre. De même, les conversations effectuées par les sourds sont soumises au tarif ordinaire. Ceci signifie pour les sourds une charge financière plus élevée pour des prestations moindres. Le présent article analyse l'admissibilité de cette inégalité de traitement.

Selon la loi sur les télécommunications et son ordonnance d'exécution, le service téléphonique général fait partie du service de base. La qualification juridique donnée à la standardiste dans le cadre du service à assurer aux malentendants est encore débattue. L'interprétation du droit de la télécommunication ne suffit pas pour répondre à la question de savoir si ce service doit être fourni dans le cadre du service de base. D'un côté des motifs importants tels que les buts sociaux de la loi sur les télécommunications parlent en faveur d'une telle classification, mais, d'un autre côté, une argumentation d'ordre constitutionnel laisse subsister des doutes. L'admissibilité ou non d'une telle inégalité de traitement est par la suite analysée sous l'angle du droit constitutionnel.

Les communications téléphoniques tombent de par leur nature même sous le coup de la protection accordée par plusieurs droits constitutionnels, tels que la liberté personnelle, la liberté d'opinion et la liberté du commerce et de l'industrie. De plus, le handicap d'une personne touche le jugement de valeur qu'on porte sur elle et, par là même, tombe également sous le coup de l'art. 4 CF et l'interdiction de la discrimination qu'il contient. Par conséquent, le droit de la télécommunication devrait appliquer des critères plus sévères lorsqu'il s'agit de régler les problèmes concernant les communications téléphoniques de personnes sourdes ou muettes. Les malentendants ne peuvent par conséquent être discriminés que pour des raisons qualifiées. Des motifs d'ordre technique sont à cet égard tout autant à considérer que le surcroît de dépenses encouru par les PTT pour parvenir à cette égalité.

Selon ces critères, le service de téléphonistes appartient de par la constitution même au service de base et doit être offert par les PTT. Par là même, les malentendants ne doivent pas être soumis à des tarifs plus élevés que ceux imposés aux personnes qui entendent normalement.

Trad.: Antonio Fossetti, licencié en droit