
Andreas Kley

Dr. rer. publ., Professor für Staatsrecht unter besonderer
Berücksichtigung der Verfassungsgeschichte an der Universität Bern

Die Medien im neuen Verfassungsrecht

Sonderdruck aus

Berner Tage für die juristische Praxis · BTJP 1999

Die neue Bundesverfassung
Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft

Herausgegeben von

Ulrich Zimmerli

Professor an der Universität Bern

Nicht im Handel



Stämpfli Verlag AG Bern · 2000

ANDREAS KLEY¹

Die Medien im neuen Verfassungsrecht

Inhaltsübersicht

- I. Verhältnis von Meinungs-, Medien-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit untereinander**
 - A. Meinungsfreiheit des Art. 16 BV als Grundnorm
 - B. Bedeutung der Meinungsfreiheit des Art. 10 EMRK
- II. Medienfreiheit des Art. 17 BV**
 - A. Schutzbereich
 - B. Öffentliche Meinung und «Service public» der Medien
 - C. Träger
 - D. Informationsfreiheit und Massenmedien
- III. Redaktionsgeheimnis**
- IV. Schranken der Medienfreiheit**
 - A. Allgemeines
 - B. Medienfreiheit und unlauterer Wettbewerb
 - C. Zulässigkeit richterlicher Vorzensur?
 - D. Schutz von Kindern und Jugendlichen
- V. Medienfreiheit im Vorfeld von Abstimmungen**
 - A. Medien im Verhältnis zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit
 - B. Recht auf «politische» Antenne?
- VI. Ausblick: Neue Medien- und Presseartikel**
- VII. Zusammenfassung**

I. Verhältnis von Meinungs-, Medien-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit untereinander

A. Meinungsfreiheit des Art. 16 BV als Grundnorm

Georg Wilhelm Friedrich Hegel hat in seiner Rechtsphilosophie die Freiheit der öffentlichen Mitteilung als «die Befriedigung jenes prickelnden Triebes» angesehen, «seine Meinung zu sagen und gesagt zu haben»². Die neue Bundesverfassung hat sich diesem Trieb verschiedentlich angenommen, nachdem dessen Befriedigung in diesem Jahrhundert durch die elektronischen Massen-

¹ Professor für Staatsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsgeschichte an der Universität Bern. Für wertvolle Gespräche und Anregungen bedanke ich mich bei Frau Dr. iur. Esther Tophinke und Herrn Dr. iur. Franz Zeller.

² Vgl. Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Werkausgabe des Suhrkamp-Verlages, Band 7, Frankfurt a.M. 1986, § 319, 486.

medien immer beliebter geworden ist. Art. 17 BV schützt die Medien zunächst mit der Medienfreiheit grundrechtlich. Daneben enthält die neue Verfassung eine Reihe eng verwandter Grundrechte, wie die Meinungsfreiheit (Art. 16), die Wissenschaftsfreiheit (Art. 20) und die Kunstfreiheit (Art. 21)³. *Diese Grundrechte bilden zusammen ein Ganzes.* Das Bundesgericht hatte dies etwa beim Zusammenspiel von Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit deutlich gemacht⁴. Seit der Anerkennung der Meinungsäusserungsfreiheit als ungeschriebenes Grundrecht erscheine die Pressefreiheit wie ein spezieller Aspekt dieser allgemeinen Freiheit. Die Pressefreiheit konkretisiere die Meinungsäusserungsfreiheit auf dem spezifischen Gebiet des Pressewesens. Sie sei ein «Teilbereich einer umfassenden Meinungsäusserungsfreiheit»⁵. Der Verfassungsgeber wollte am Grundverhältnis dieser Rechte zueinander nichts ändern: Sie sollen – vor allem was die Schranken anbelangt – nach einheitlichen Prinzipien ausgelegt werden. Obwohl das Parlament den vorge schlagenen Grundartikel auf zwei Bestimmungen aufgespalten hat, um die spezielle Bedeutung der Medienfreiheit in der Demokratie hervorzuheben⁶, übernimmt die Meinungsfreiheit des Art. 13 diese Aufgabe allein⁷. Art. 16 Abs. 1 bezieht sich als flächendeckender *Grundsatz* auf alle Meinungsäusserungen und schützt sie grundrechtlich. Der Abs. 2 erklärt geradezu diesen Sachverhalt, «indem er den Hauptaspekt verdeutlicht: Das Recht, seine Meinung frei zu bilden, sie zu äussern und sie in Wort, Schrift, Bild oder auf andere Weise zu verbreiten. Die Freiheit, eine Meinung zu haben, ist die Grundlage der Freiheit, eine Meinung zu äussern; die beiden Freiheiten sind deshalb untrennbar miteinander verbunden. Gedanken und Meinungen mitteilen

³ JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. Aufl., Bern 1999 zählt das Petitionsrecht, die Versammlungs- sowie die Wahl- und Abstimmungsfreiheit als «Kommunikationsgrundrechte» auf, vgl. 181 f. Ich verzichte in diesem Aufsatz auf den Gebrauch dieses umfassenden Begriffs, da die Medienfreiheit im Vordergrund steht.

⁴ Vgl. BGE 107 Ia 280.

⁵ BGE 98 Ia 421.

⁶ Die Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (im folgenden nur noch als «Botschaft» zitiert) schlug einen einheitlichen Art. 14 vor, was dem Gedanken dieser Einheit eigentlich besser entsprochen hätte, vgl. 591; vgl. ULRICH ZIMMERLI, Zur Medienfreiheit in der neuen Bundesverfassung, *Medialex* 1999, 14 ff. (15 f., 18).

⁷ Vgl. die etwas andere Darstellung bei J.P. MÜLLER (Anm. 3), 248 und ZIMMERLI (Anm. 6), 20. Diese Autoren betrachten die in Art. 16 BV verankerte Meinungsfreiheit als ein Residualgrundrecht oder als ein subsidiäres Auffanggrundrecht. Es handelt sich allerdings nicht um einen «zurückbleibenden Rest», sondern vielmehr um den Grundtatbestand, auf dem die speziellen Grundrechte der Art. 17, 20 und 21 BV basieren. Diese speziellen Garantien sind bloss Ausdruck des Grundtatbestandes von Art. 16 BV.

setzt voraus, dass in allen Bereichen persönliche Gedanken formuliert und Meinungen frei gewählt werden können⁸.»

Soweit allerdings besondere Formen von Meinungsäusserungen vorliegen, stehen spezielle «Meinungs-» Grundrechte zur Verfügung. So werden Meinungsäusserungen mit einem wissenschaftlichen oder künstlerischen Inhalt durch die entsprechenden Art. 20 und 21 geschützt. Meinungen, die mit dem Mittel der Druckerpresse und der elektronischen Medien verbreitet werden, sind durch die Pressefreiheit sowie die Radio- und Fernsehfreiheit (Art. 17 Abs. 1) abgedeckt. Für den Bereich der elektronischen Massenmedien besitzt der Bund einen Gesetzgebungsauftrag in Art. 93 Abs. 1. Die folgenden Abs. 2 und 3 konkretisieren die Radio- und Fernsehfreiheit, indem diesen Medien ein Leistungsauftrag erteilt und deren Unabhängigkeit und Autonomie garantiert wird. Art. 93 BV ist aus dem Nachführungsauftrag⁹ heraus entstanden, welcher die weitgehende Übernahme der Kompetenznorm des bisherigen Art. 55^{bis} aBV nahelegte. Art. 93 Abs. 2 und 3 BV weisen zunächst den Gesetzgeber an. Es fragt sich, ob namentlich Art. 93 Abs. 3 BV auch die Veranstalter und die Medienschaffenden individuell schützt. Der Verfassungsgeber hat zwar die Grundrechte im 2. Titel, 1. Kapitel konzentriert; ausserhalb dieser Bestimmungen enthält die Verfassung nach der Botschaft keine «direkt durchsetzbaren» Grundrechte¹⁰. Es hängt freilich einerseits vom Ergebnis der Justizreform ab, ob diese Aussage so aufrechterhalten werden kann¹¹. Andererseits hat die Unabhängige Beschwerdeinstanz die Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen und die Programmautonomie stets geschützt und in ihren Verfahren direkt angewandt¹². Art. 93 Abs. 3 BV hat damit auch unter der Herrschaft der neuen Verfassung eine individuelle Schutzfunktion, wenn die Beschwerdeinstanz an dieser Praxis festhält, woran kaum zu zweifeln ist.

⁸ Botschaft 158 f.

⁹ Vgl. BERNHARD EHRENZELLER, Konzept und Gründe der Verfassungsreform, *AJP* 1999, 647 ff. insb. 648, 651 ff.; HEINRICH KOLLER, Die Nachführung der Bundesverfassung, *AJP* 1995, 980 ff.

¹⁰ Botschaft, 137.

¹¹ Der Bundesbeschluss über die Reform der Justiz verwendet in Art. 189 Abs. 1 den Ausdruck der Verletzung von Bundesrecht und erweitert so den Verfassungsrechtsschutz über die im 2. Titel, 1. Kapitel («Grundrechte») verankerten Rechtspositionen hinaus (BBl 1999, 8633).

¹² Vgl. z.B. Entscheid b.336 der UBI vom 7.3.1997, VPB 1997/61 Nr. 61, Erw. 2.2; vgl. ferner: VPB 1996 Nr. 85, 1992 Nr. 13, 1989 Nr. 48, 342 m.w.H. auf die Materialien.

Für die Meinungs-, Medien-, Wissenschafts- und Kunstfreiheit gelten die folgenden allgemeinen Grundsätze¹³:

- Die Meinungsbildung, -äusserung und -verbreitung ist entweder in ihrem Grundtatbestand allgemein (Art. 16 Abs. 2), in Presse und elektronischen Medien (Art. 17 Abs. 1), in der Wissenschaft (Art. 20) oder in der Kunst (Art. 21) frei;
- Im Hinblick auf alle diese vier Meinungsaspekte besteht die Informationsfreiheit des Art. 16 Abs. 3;
- Hinsichtlich aller vier Meinungsformen ist jede präventive generelle Zensur ohne Ausnahme unzulässig (Art. 17 Abs. 2).

Es ist wichtig, dass diese vier verwandten Grundrechte (Art. 16, 17, 20, 21 BV) nach einheitlichen Kriterien angewendet werden. Die Informationsfreiheit und das Zensurverbot haben einen selbständigen Charakter und können auch andere kommunikative Rechte, wie etwa die Versammlungsfreiheit oder das Petitionsrecht betreffen. Die Besonderheiten der Medienfreiheit könnten nämlich den Gesetzgeber und die Rechtsanwendung veranlassen, diese aus den vier verwandten «Meinungs-»Grundrechten «herauszubrechen» und weitgehende Einschränkungen vorzusehen. Denn die Radio- und Fernsehfreiheit ist auf die in Art. 93 vorgesehene Gesetzgebung angewiesen. Sie hat nebst dem Charakter als Freiheitsrecht auch den Charakter eines Rechtsinstituts wie Ehe und Familie (Art. 14) oder das Eigentum (Art. 26). Das Gemeinwesen könnte in der erforderlichen Radio- und Fernsehgesetzgebung versucht sein, in einem institutionellen Nebel die Medienfreiheit so auszugestalten, dass das Publikum vor «schädlichen» Meinungen geschützt wird. Das darf nicht sein. Einschränkungen der Medienfreiheit müssen sich nach denselben Kriterien beurteilen, wie sie für die andern drei Grundrechte bestehen.

Der internationalrechtliche Menschenrechtsschutz verstärkt diese «Klammer» um die Art. 16, 17, 20 und 21 BV noch zusätzlich. Denn Art. 10 EMRK umfasst gemäss aktueller Rechtsprechung die Meinungs-, Medien, Wissenschafts- und Kunstfreiheit. Die Fälle betreffend Massenmedien sind stets über Art. 10 EMRK beurteilt worden. Mit dem 11. Zusatzprotokoll hatten die EMRK-Vertragsstaaten, darunter auch die Schweiz diese Rechtsprechung sozusagen «ratifiziert» und in ihrem aktuellen Entwicklungsstand gebilligt¹⁴. Der schweizerische Verfassungsgeber hatte schliesslich diese Billigung nachgerade ausdrücklich ausgesprochen, indem er den Grundrechtskatalog der neuen Verfassung ganz auf die Rechtsprechung der Strassburger Institutionen ausgerichtet und einige Rechte aus der Konvention textlich übernommen

¹³ Diese Grundsätze können je nach Sachlage auch für die andern kommunikativen Grundrechte, wie die Versammlungsfreiheit, gelten. Dies bleibt jedoch für diesen Beitrag ausserhalb der Betrachtung.

¹⁴ Siehe SR 0.101.09 (im Text der Konvention inkorporiert).

hatte. Der wichtige Art. 10 EMRK ist damit die umfassende Grundnorm des grundrechtlich geprägten Kommunikationsrechts. Der Inhalt der Art. 16, 17, 20 und 21 BV wird überdies durch die Art. 19 UNO-Paktes II¹⁵ und Art. 13 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes¹⁶ garantiert. Damit ist die Medienfreiheit gerade auch im internationalen Menschenrechtsschutz nicht ein isoliertes Recht, sondern ausschliesslich im Kontext ihrer «Geschwister-Rechte» zu sehen.

Die Meinungsfreiheit ist ein Fokus, der auf alle andern kommunikationsrelevanten Grundrechte «ausstrahlt». Die Meinungsfreiheit in einem umfassenden Sinne – ursprünglich durch die ungeschriebene Meinungsäusserungsfreiheit¹⁷ und die Pressefreiheit des Art. 55 aBV garantiert, lässt sich nur äusserlich auf thematisch abgrenzbare Teil-Meinungs-Grundrechte aufspalten. In der Sache sind die Art. 16, 17, 21 und 22 BV nach einem einheitlichen Massstab auszulegen. Das gebietet schon Art. 10 EMRK, der die vier Artikel inhaltlich abdeckt. In jedem dieser Grundrechte ist die Meinungsfreiheit in ihrer vollen Breite anwesend.

B. Bedeutung der Meinungsfreiheit des Art. 10 EMRK

Der schweizerische Verfassungsgeber hat sich an der europäischen Menschenrechtskonvention und der darauf beruhenden Strassburger Rechtsprechung orientiert¹⁸. Daher ist die Meinungsfreiheit gemäss den Art. 16, 17, 20 und 21 der neuen Bundesverfassung im Licht dieser Rechtsprechung auszulegen. *Die Bundesverfassung übernimmt nach dem Willen des Verfassungsgebers «die sehr liberale Haltung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in der Konkretisierung der Meinungsfreiheit»¹⁹.*

Die Meinungsfreiheit schützt die Gesamtheit der Mitteilungen menschlichen Denkens, seien es Gefühle, Überlegungen, Meinungen, Beobachtungen von Tatsachen, Informationen oder nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, kommerzielle Werbung²⁰. Auch Kritik ist eine Form der Meinungsäusserung, die von Art. 10 EMRK ge-

¹⁵ Weltpakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, SR 0.103.02.

¹⁶ Vom 20. November 1989, SR 0.107.

¹⁷ Als zweites Grundrecht nach der Eigentumsgarantie als ungeschriebenes der Bundesverfassung erstmals anerkannt in BGE 87 I 117.

¹⁸ Vgl. ZIMMERLI (Anm. 6), 16.

¹⁹ JÖRG PAUL MÜLLER, Anmerkungen zum Urteil Lehideux und Isorni gegen Frankreich vom 23. September 1998 (= Rec. 1998-VII, 2864 ff.), Medialex 1999, 42.

²⁰ Urteil Casado Coca gegen Spanien vom 24.2.1994, Série A vol. 285-A, § 35–37 = ÖJZ 1994, 636 ff.

schützt ist. Zur Kritik oder zu einer anderen Meinungsäußerung gehört auch die Art und Weise ihrer Gestaltung. Eine Kritik und die Art und Weise einer Kritik lassen sich im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Beschränkung der Meinungsfreiheit nicht unterscheiden. Wichtig ist nämlich, dass Art. 10 Abs. 1 EMRK «nicht nur den Inhalt der zum Ausdruck gebrachten Ideen und Nachrichten schützt, sondern auch die *Form*, in der sie mitgeteilt werden»²¹. Eine gegenteilige Auffassung hat das Bundesgericht vertreten, indem es die Kritik an einem Produkt von der Art und Weise dieser Kritik unterscheidet und letzteres für unzulässig hält²². Mit dieser künstlichen Aufspaltung einer an sich untrennbaren Ganzheit, nämlich der Kritik an sich, erreicht das Bundesgericht, dass die Medienfreiheit formal gewahrt erscheint, tatsächlich aber stets unter «Formvorbehalt» steht.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte führte zu Art. 10 EMRK aus²³:

«Der Gerichtshof weist darauf hin, dass Art. 10 die Freiheit der Meinungsäußerung jedermann gewährleistet. Es wird keine Unterscheidung gemacht, ob eine Äußerung auf Gewinn gerichtet ist oder nicht (...). Art. 10 findet nicht nur auf bestimmte Arten von Nachrichten oder Ideen oder Ausdrucksformen Anwendung, insbesondere solche politischer Art; er umfasst auch künstlerische Ausdrucksformen, Nachrichten kommerzieller Art und sogar leichte Musik und mittels Kabel übertragene Werbeanmeldungen.

Im vorliegenden Fall gaben die Inserate lediglich den Namen des Anwalts, Beruf, Adresse und Telefonnummer an. Sie wurden eindeutig mit dem Ziel der Werbung veröffentlicht. Sie stellten Personen, die Rechtsbeistand suchten, Informationen zur Verfügung, die eindeutig von Nutzen und geeignet waren, ihren Zugang zum Recht zu erleichtern.»

Der Gerichtshof anerkennt als grundsätzlich geschützte Meinungen nicht nur Nachrichten und Ideen, die positiv aufgenommen oder als nicht offensiv oder als indifferent angesehen werden, sondern auch solche, die verletzen, schockieren oder beunruhigen. Das gilt insbesondere für die in den Massen-

²¹ Vgl. Urteil Schöpfer gegen die Schweiz vom 20.5.1998, Rec. 1998-III, 1042 ff. = ÖJZ 1999, 237 ff., § 33; Urteil De Haes und Gijssels gegen Belgien vom 24.2.1997, § 48, Rec. 1997-I, 198 ff. insb. 236 = ÖJZ 1997, 914; Urteil Oberschlick gegen Österreich vom 1.7.1997, Rec. 1997-IV, 1266 ff. = ÖJZ 1997, 956, § 34 m.w.H.

²² In der nicht veröffentlichten Erw. 3a von BGE 124 III 72: «Die Beklagte verkennt, dass dem Publikum (...) nicht bekannt gegeben wurde, aus welchem Grunde die Ausstrahlung der Sendung richterlich verboten wurde und dass gerade im vorliegenden Fall der Grund des Verbotes auch nicht die Kritik am Produkt der Klägerin an sich betraf, sondern die *Art und Weise*, wie diese Kritik ausschliesslich gegen das Schmerzmittel der Klägerin gerichtet wurde. Dass aber auch inhaltlich durchaus gerechtfertigte Kritik rechtswidrig sein kann und unter Umständen verboten wird, weil sie etwa in unnötig verletzender Art vorgetragen wird oder irreführend ist, darf als allgemein bekannt angesehen werden.»

²³ Vgl. Urteil Casado Coca gegen Spanien vom 24.2.1994, Série A, Vol. 285-A, §§ 35 und 36 = ÖJZ 1994, 636 ff.

medien geäußerten Meinungen²⁴. Deren Aufgabe bestehe gerade darin, Nachrichten und Ideen zu politischen Themen sowie anderen Angelegenheiten von allgemeinem Interesse mitzuteilen. So muss es aufgrund des Art. 10 EMRK zulässig sein, dass die aufgrund einer Indiskretion erreichten Informationen in der Presse publiziert werden können, wenn nicht nach einer Verhältnismässigkeitsprüfung dem qualifizierte öffentliche Interessen entgegenstehen²⁵. Die Grenzen der akzeptablen Kritik sind dabei bei einem Politiker weiter zu ziehen, als bei einer Privatperson. Der Gerichtshof hatte einen Fall zu beurteilen, in dem ein Journalist zu einer Strafe verurteilt worden war, weil dieser eine Beleidigung ausgesprochen habe, der die Grenzen objektiver Kritik überschreite. Der Journalist hatte den österreichischen Politiker Jörg Haider nach einer provokativen Rede als «Trottel» bezeichnet. Der Gerichtshof sah in dieser Sanktion eine Verletzung des Art. 10 EMRK, da der Eingriff nicht notwendig sei. Denn im vorliegenden Fall erscheine dieses Werturteil nicht unverhältnismässig gegenüber der Empörung, die Herr Haider wesentlich erregt habe²⁶.

Geschützt sind nach dem Menschenrechtsgerichtshof alle Mittel, die sich zur Kommunikation eignen, insbesondere auch Radio und Fernsehen²⁷. Art. 10 EMRK gibt den Privaten grundsätzlich ein Recht, Meinungen und andere Informationen über den Rundfunk zu verbreiten. Die Staaten müssen in ihrer Gesetzgebung diesen grundsätzlichen Zugang Privater zum Rundfunk anerkennen. Selbstverständlich sind die verfügbaren Sendefrequenzen knapp, weshalb kein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Bewilligung be-

²⁴ In den Massenmedien ist die Wirkung von Kritik natürlich viel grösser, als in einem privaten Brief; allenfalls kann eher ein öffentliches Interesse tangiert werden, welches eine Einschränkung zu rechtfertigen vermag. Im Urteil Grigoriades gegen Griechenland vom 25.11.1997 des europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Rec. 1997-VII, 2575 ff. = ÖJZ 1998, 794 ff., hatte ein Reserveoffizier in einem privaten Brief an seinen Kommandanten erklärt, dass die Armee ein Apparat sei, «der gegen die Menschen und die Gesellschaft gerichtet sei». Sie ziele darauf ab, Menschen in blosse Bestandteile eines Herrschaftsapparats zu verwandeln; sie sei ein unliberales und auf Beherrschung gerichtetes militärisches Regime usw. Eine Verurteilung wegen Beleidigung der Armee erachtete der Gerichtshof als in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig. Vgl. auch Urteil Bladet Tromso & Stensaas gegen Norwegen vom 20.5.1999.

²⁵ Vgl. Urteil Ressoz und Roire gegen Frankreich vom 21.1.1999, Medialex 1999, 33 ff.

²⁶ Vgl. Urteil Oberschlick gegen Österreich vom 1.7.1997, Rec. 1997-IV, 1266 ff. = ÖJZ 1997, 956 ff., § 29; Urteil Observer und Guardian gegen Vereinigtes Königreich vom 26.11.1991, Série A, Vol. 216 = EuGRZ 1995, 16 ff. (20), § 59 lit. a.

²⁷ Urteil Groppera Radio AG u.a. gegen die Schweiz vom 28.3.1990, Série A, Vol. 173, § 55; Urteil Radio ABC gegen Österreich vom 20.10.1997, Rec. 1997-VI, 2188 ff. = ÖJZ 1998, 151 ff., § 28 m.w.H.

steht²⁸. Entsprechend geschützt ist auch die Verbreitung von Meinungen und Informationen über das Mittel der Kunst. Im Urteil Müller gegen die Schweiz hatte der Gerichtshof ausführlich begründet, dass auch Kunstäusserungen von Art. 10 EMRK geschützt sind²⁹. Im Urteil Hertel gegen die Schweiz ging es um eine wissenschaftliche Meinung, die der Gerichtshof ohne weitere Erörterungen dem Schutzbereich des Art. 10 EMRK zuwies³⁰.

Das Bundesgericht hat sich, von wenigen Ausnahmen abgesehen³¹, dieser Rechtsprechung des Strassburger Gerichtshofs angeschlossen. Es versteht den Begriff Meinung entsprechend weit: Er «umschliesst nicht nur die Ergebnisse von rationalen Denkvorgängen sowie rational fassbar und mitteilbar gemachte Überzeugungen in der Art von Stellungnahmen, Wertungen, Anschauungen, Auffassungen und dergleichen, sondern ebenso das Kunstschaffen und dessen Hervorbringungen»³². Eine noch offene Frage betrifft die Werbung: Ist diese der Medienfreiheit oder der Wirtschaftsfreiheit zuzuweisen? Die grosse Bedeutung der Werbung für die wirtschaftliche Existenz der Massenmedien spricht dafür, dass diese gewissermassen als wirtschaftlicher Konnex aus der Sicht der Medienunternehmen ebenfalls der Medienfreiheit des Art. 17 Abs. 1 zugeordnet wird³³. Die Zuweisung zum einen oder anderen Grundrecht ist für die Schrankenregelung von Bedeutung. So fordert Art. 94 Abs. 4 BV für die Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 BV eine Verfassungsgrundlage³⁴, lässt aber von den Zielen des Eingriffs her (wirtschafts-) politische Motive zu. Wird die Werbung der Medienfreiheit zugeordnet, so sind Einschränkungen aus (wirtschafts-) politischen Gründen nicht zulässig. Die Zuordnung der Werbung zu Art. 27 oder Art. 17 BV spielt dann keine Rolle, wenn sichergestellt ist, dass das Schutzniveau des Art. 10 EMRK mindestens eingehalten wird³⁵.

²⁸ Urteil Radio ABC gegen Österreich vom 20.10.1997, Rec. 1997-VI, 2188 ff. = ÖJZ 1998, 151 ff., § 28 ff. m.w.H.

²⁹ Vgl. Urteil Müller gegen die Schweiz vom 24.5.1988, Série A, Vol. 133 = EuGRZ 1988, 543 ff., § 27. Der Gerichtshof berief sich zu Recht auf Art. 19 Abs. 2 des Weltpaktes für bürgerliche und politische Rechte, der speziell die Kunstfreiheit erwähnt. Auch das Bundesgericht schützte die Kunst in diesem Rahmen, vgl. BGE 117 Ia 472 ff. (478), BGE 101 Ia 150, BGr. vom 19.9.1962, ZBI 1963, 365; BGr. vom 20.9.1985, ZBI 1986, 129.

³⁰ Vgl. Urteil Hertel gegen die Schweiz vom 25.8.1998, Rec. 1998-VI, 2298 ff., § 31 = ÖJZ 1999, 614 ff. (615).

³¹ Es handelt sich um die überaus fragwürdige Rechtsprechung betreffend die Anwendung des UWG auf Journalisten, vgl. unten Abschnitt IV.B.

³² ZBI 1963, 365.

³³ So sieht auch der Bundesrat in seiner Botschaft, 158 die Werbung durch die Meinungsfreiheit geschützt. J.P. MÜLLER (Anm. 3), 253 scheint an der bisherigen Auffassung festzuhalten, dass die Werbung durch die Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 Abs. 1 gedeckt ist.

³⁴ Vgl. dazu Botschaft 174 f., 296 f. und Votum von Bundesrat Koller, Amtl. Bull. S 1998 89.

³⁵ Vgl. J.P. MÜLLER (Anm. 3), 206.

II. Medienfreiheit des Art. 17 BV

A. Schutzbereich

Art. 17 Abs. 1 BV garantiert die Medienfreiheit, die von den beiden Räten wegen der besonderen Bedeutung der Medien in einer eigenen Bestimmung hervorgehoben wurde. Die zunächst erwähnte *Pressefreiheit* schützt das Recht, eine Meinung ohne Beeinträchtigung seitens des Staates durch das Mittel von Druckerzeugnissen zu äussern und zu verbreiten³⁶. Geschützt werden die mittels beliebiger Vervielfältigungsmethoden verbreiteten Meinungen und Informationen in Zeitungen, Zeitschriften, Büchern oder Flugblättern. Es genügt eine auch nur einmalige Vervielfältigung in grösserer Zahl, welche für die öffentliche Verbreitung bestimmt ist. Der Pressefreiheit unterstehen auch gedruckte bildliche Darstellungen und Cartoons.

Die Verankerung der Freiheit von Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen gemäss Art. 17 Abs. 1 ist auf Art. 93 BV zugeschnitten. Der Begriff der «fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen» lässt sich auf Teletext, Internet und die damit verbundenen Online-Dienste zwanglos anwenden³⁷. Folgerichtig sorgt Art. 93 für die Bundeskompetenz im Grundrechtsbereich des Art. 17 BV. Radio und Fernsehen sind auf eine Gesetzgebung angewiesen und stellen insofern auch Rechtsinstitute dar³⁸. Das vom Bundesgesetzgeber gemäss Art. 93 Abs. 3 auszugestaltende Institut der Medienfreiheit muss freiheitlich geformt sein. Eben diese Forderung erhebt auch Art. 17 i.V.m. Art. 35 Abs. 1³⁹.

Der Schutzbereich des Art. 17 Abs. 1 und der Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäss Art. 93 Abs. 1 sind thematisch kongruent. Nun bestehen im Bereich der «fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen» zwei Gesetzgebungen, nämlich das Radio- und Fernsehgesetz mit seiner durch die Unabhängige Beschwerdeinstanz ausgeübten relativ strengen Kontrolle der Sachgerechtigkeit von Informationen sowie dem auf Art. 93 Abs. 1 abgestützten Fernmeldegesetz des Bundes, das lediglich als wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Erlass ohne jede Inhaltskontrolle konzipiert ist. Die Nutzung des Internets unterliegt dem Fernmeldegesetz, obwohl hier in ähnlicher Weise wie durch Radio und Fernsehen Informationen verbreitet werden. Damit untersteht die fernmeldetechnische Verbreitung von

³⁶ BGE 107 Ia 49.

³⁷ ZIMMERLI (Anm. 6), 17; die Botschaft, 273 schweigt sich darüber aus.

³⁸ Konsequenterweise benötigen die Veranstalter gemäss Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 21.6.1991, SR 784.40 (im folgenden «RTVG») eine Konzession des Bundesrates.

³⁹ Vgl. oben Abschnitt I.A.

Informationen je nach dem gewählten technischen Weg einer unterschiedlichen Gesetzgebung, was sachlich kaum zu rechtfertigen ist. Die Lösung des Problems kann nicht darin bestehen, dass auch das Internet gewissermassen dem Radio- und Fernsehgesetz unterworfen wird. Es liessen sich einerseits nur schweizerische «Veranstalter» kontrollieren und die Anwendung des Sachgerechtigkeitsgebots auf Internet-Meinungsäusserungen erscheint vor dem Hintergrund der Meinungs- und Medienfreiheit nicht akzeptabel. Die Lösung dieses gesetzgeberischen Problems ist nicht einfach. Sie kann m.E. am ehesten in einer Zurücknahme der Sachgerechtigkeitskontrolle unter gleichzeitiger Ausdehnung der Radio- und Fernsehgesetzgebung auf das Internet bestehen, soweit dort schweizerische «Veranstalter» Radio- und Fernsehprogramme verbreiten. Die Schaffung einer nationalen Internet-Gesetzgebung erscheint angesichts der internationalen Dimension dieses Problems kaum vertretbar. Über kurz oder lang sollte sich das internationale Recht dieser beiden Rechtsbereiche annehmen, dabei ist auf die Einhaltung des Art. 10 EMRK grösstes Augenmerk zu legen.

B. Öffentliche Meinung und «Service public» der Medien

Der spanische Philosoph José Ortega y Gasset vertrat die Auffassung, dass sich politische Herrschaft immer auf die öffentliche Meinung gründet. «heute wie vor zehntausend Jahren. (...) Das Gesetz der öffentlichen Meinung ist das allgemeine Gravitationsgesetz der politischen Geschichte⁴⁰.» – In der Tat haben alle Staatsformen dieses Gesetz gekannt und für sich nutzen wollen. Auch die Demokratie geht an diesem Gesetz nicht unachtsam vorüber; allerdings muss im Rechtsstaat dieses Verhältnis des Staates zu den Massenmedien von vorneherein durch Freiheit bestimmt sein. Eine direkte Lenkung der Medien im Interesse des Staates scheidet a priori aus.

Das Bundesgericht bezeichnete die Presse- und Meinungsfreiheit als «tragende Grundlagen der schweizerischen Demokratie, die dem Bürger zutraut, zwischen den verschiedenen gegensätzlichen Auffassungen zu unterscheiden, unter den Meinungen auszuwählen, Übertreibungen als solche zu erkennen und vernunftgemäss zu entscheiden»⁴¹. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat den Medien die Aufgabe als «*public watchdog*» zugewiesen⁴². Diese Aufgabe wird damit anschaulich umschrieben; freilich kann ein Wachhund seine Aufgabe nur dann erfüllen, wenn er frei ist. Es hat auch

⁴⁰ Siehe: Der Aufstand der Massen (1930), deutsche Übersetzung von Helene Weyl, Stuttgart 1993, 134.

⁴¹ BGE 98 Ia 73 (98).

⁴² Vgl. Urteil Observer und Guardian gegen Vereinigtes Königreich vom 26.11.1991, Serie A Nr. 216-A = EuGRZ 1995, 16 ff. (20), § 59 lit. b.

in der Demokratie nicht an Versuchen gefehlt, den Wachhund an die Kette zu legen oder ihm gar einen Maulkorb umzuhängen. In der Tat besteht hier ein schwieriger und nur schwer zu befriedigender Ausgleich verschiedenster Interessen.

Die bedeutsame Rolle der Medienfreiheit im demokratischen Staat rechtfertigt die ausdrückliche Erwähnung des Grundsatzes in Art. 17 BV⁴³. Die Herrschafts- und Demokratierelevanz der Medien ist nicht nur Anlass für eine besondere Grundrechtsgarantie, sondern stellt gewissermassen spiegelbildlich eine latente Gefahr für die Freiheit der Medien dar. Für die elektronischen Medien konkretisiert die Bundesverfassung in Art. 93 einerseits die Medienfreiheit und weist ihnen andererseits einen «service public» (Leistungsauftrag) zu. Die Botschaft⁴⁴ begründet diesen damit, dass die elektronischen Medien in einer demokratischen Gesellschaft Aufgaben erfüllten, an denen ein öffentliches Interesse bestehe. Dieser Auftrag beziehe sich indes nicht auf den einzelnen Veranstalter oder auf das einzelne Programm, sondern auf das Programmangebot insgesamt. Damit wird deutlich, dass mit diesem Leistungsauftrag eine öffentlich-rechtliche Aufgabe wahrgenommen wird⁴⁵. Für die Veranstalter resultieren daraus Pflichten. Denn Art. 35 Abs. 2 BV verpflichtet jede Person, die staatliche Aufgaben wahrnimmt, die Grundrechte zu beachten und zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Das Gemeinwesen hat ein öffentliches Interesse an den Radio- und Fernsehprogrammen. Insofern sind die Veranstalter an die Grundrechte gebunden⁴⁶. Deren Einhaltung wird von der in Art. 93 Abs. 5 BV vorgesehenen Unabhängigen Beschwerdeinstanz geprüft, die nebst dem straf- und zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz für eine gewisse Machtkontrolle der «vierten Gewalt» sorgen soll. Es ist nun interessant, dass schon nach bisherigem Recht über den Leistungsauftrag und den damit verbundenen Schutz kultureller Werte die Grundrechtsbindung der Veranstalter sichergestellt wird. Unter kulturelle Werte fallen nach der Rechtsprechung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz die juristisch fassbaren Rechtsgüter, die der Bundesverfassung, der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte zu entnehmen sind: «Achtung der Menschenwürde aller Personen und der Angehörigen aller Gruppen, Respekt vor der Glaubens- und Kulturfreiheit von seiten des Staates und aller vom Staat – etwa durch Kon-

⁴³ Botschaft, 159.

⁴⁴ Vgl. 273.

⁴⁵ Vgl. Botschaft, 158; BGE 123 II 406.

⁴⁶ Nach BGE 123 II 406 wurde damit eine öffentliche Aufgabe an eine Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung übertragen, womit etwa das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes anwendbar werde.

zession – mit öffentlichen Aufgaben betrauter Personen und Organisationen»⁴⁷. Es ist allerdings wichtig, dass diese Grundrechtsbindung über die «kulturelle Entfaltung» nach Art. 93 Abs. 2 BV sich nur auf die Programmgestaltung bezieht; Art. 35 Abs. 2 BV bestätigt diese Grundrechtsbindung direkt. *Ausserhalb* der Programmsphäre bleiben die Veranstalter von Grundrechtsbindungen frei; Art. 35 Abs. 2 BV ist also dort unanwendbar.

C. Träger

Die Medienfreiheit steht allen natürlichen und juristischen, ausländischen⁴⁸ und schweizerischen, minderjährigen und volljährigen Personen zu, seien dies nun Journalisten⁴⁹, Techniker, Kameraleute und ihre Hilfspersonen, die Direktoren der Veranstalter oder die Zuhörer oder Zuschauer⁵⁰. Auch die als Vereine und damit als juristische Personen gemäss Art. 60 ff. ZGB gebildeten politischen Parteien können sich darauf berufen. Für die Medienfreiheit ist besonders bedeutsam, dass sich die Veranstalter, welche in der Regel als juristische Personen organisiert sind, ebenfalls darauf berufen können. Art. 17 Abs. 1 und Art. 93 erwähnen in bezug auf die Träger keine besonderen Personenkreise, sondern nennen nur Presse, Radio und Fernsehen «sowie andere Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung». Bei den Veranstaltern ist zu beachten, dass diese das Recht der juristischen Persönlichkeit besitzen müssen. Ansonsten sind die in einer solchen Organisation zusammengeschlossenen Personen je einzeln Träger der Medienfreiheit.

D. Informationsfreiheit und Massenmedien

Art. 16 Abs. 3 schützt eine Vorbereitungshandlung der Medienfreiheit, nämlich das Empfangen von Information und das Beschaffen und Verbreiten öffentlich zugänglicher Informationen. Die Verbreitung von Informationen in Abs. 3 erscheint als ein verdeutlichender Aspekt von Abs. 2: Auch nicht persönlich geprägte und von einem Menschen als seine Anschauung bezeichnete Gedanken, eben unpersönliche Informationen, sind durch das Grundrecht geschützt. So hatte die Helvetische Verfassung vom 12. April 1798 eigentlich folgerichtig bestimmt: «Die Pressefreiheit ist eine natürliche Folge des

⁴⁷ Vgl. VPB 1989 Nr. 48, 342. Es handelt sich um eine ständige Rechtsprechung, vgl. VPB 1997 Nr. 67, 636; 1995 Nr. 66, 552 m.w.H.

⁴⁸ Vgl. Botschaft, 273.

⁴⁹ So bereits schon BGE 98 Ia 421.

⁵⁰ Vgl. ZIMMERLI (Anm. 6), 20 f. tritt für eine breite Trägerschaft ein.

Rechts, das jeder hat, Unterricht zu erhalten⁵¹.» Tatsächlich setzt jegliche Art von Meinungsbildung und -äusserung zunächst Bildung und gestützt darauf Information voraus. Nun freilich haben sich in der Zwischenzeit die Gewichtungen innerhalb der verschiedenen Informationsquellen geändert; die Massenmedien sind heute die wichtigsten öffentlichen Quellen, die von Art. 16 Abs. 3 geschützt werden.

Das Bundesgericht hatte die Informationsfreiheit schon früher als Bestandteil der Meinungsäusserungsfreiheit charakterisiert. Es definierte sie als das Recht, Meinungen und Informationen zu empfangen und sich aus allen zugänglichen Quellen zu informieren, ohne dass staatliche Stellen sich einmischen⁵². Der Staat hat allerdings unter diesem Titel von sich aus keine Informationspflichten⁵³. Allerdings können andere Grundrechte, etwa die Freiheit des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK, staatliche Informationspflichten in bezug auf Umwelt- und Gesundheitsschäden nach sich ziehen⁵⁴. Die Informationsfreiheit umfasst nicht die Verbreitung, sondern gewissermassen das Gegenstück einer Kommunikation, den Empfang, also das Recht der Rezipienten, verschiedene Mitteilungen zu empfangen, eine Auswahl zu treffen, diese Informationen zu verarbeiten und zu verbreiten sowie sich aufgrund dieser Informationen ein Urteil zu bilden. Für die Massenmedien ist die Informationsfreiheit doppelt wichtig: Einerseits garantiert sie den Rezipienten den unbehinderten Zugang zur Information, schützt gewissermassen also den Konsum von Information. Andererseits gibt die Informationsfreiheit dem Journalisten das Recht, die öffentlichen Quellen in Anspruch zu nehmen. Als solche gelten etwa die Parlamentsitzungen⁵⁵, öffentliche Register⁵⁶, die Verwaltungen mit dem Öffentlichkeitsvorbehalt und die öffentlichen Gerichtsverhandlungen. Diese beiden letzten Aspekte sollen näher dargestellt werden, nachdem der Verfassungsgeber Informationen des Bundesrates auf-

⁵¹ Vgl. Art. 7; Text: SIMON KAISER/JOHANNES STRICKLER, Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der schweizerischen Eidgenossenschaft von der helvetischen Staatsumwälzung bis zur Gegenwart, Bern 1901, Teil B., 8 ff. (10).

⁵² BGE 108 Ia 277. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte war identisch, vgl. z.B. das Urteil Leander gegen Schweden vom 26.3.1987, Série A, Vol. 116, § 74.

⁵³ Vgl. Urteil Guerra u.a. gegen Italien vom 19.2.1998, Rec. 1998-I, 210 ff. = EuGRZ 1999, 188 ff. = ÖJZ 1999, 33 ff., § 53.

⁵⁴ Vgl. Urteil McGinley und Egan gegen das Vereinigte Königreich vom 9.6.1998, ÖJZ 1998, 355 ff., § 101.

⁵⁵ Vgl. BGE 105 Ia 181 (Ausschluss der Öffentlichkeit von der Parlamentsverhandlung ohne genügende Gesetzesgrundlage).

⁵⁶ Häufig ist für die Einsichtnahme die Glaubhaftmachung eines Interesses erforderlich, womit gerade Journalisten ferngehalten werden, vgl. BGE 111 II 48 (Grundbuch), BGE 107 Ia 234 und 124 I 176 (Steuerregister).

grund von Art. 180 Abs. 2 BV und die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündungen gemäss Art. 30 Abs. 3 BV vorgesehen hat.

Nach Art. 180 Abs. 2 BV muss der Bundesrat die Öffentlichkeit informieren, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Der Verfassungsentwurf von 1995 hatte in einer Variante noch den Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimnisvorbehalt vorgesehen⁵⁷, wie das etwa die Berner Kantonsverfassung in Form eines allgemeinen Akteneinsichtsrechts normiert⁵⁸. Nach der kontroversen Vernehmlassungsdiskussion hatte der Bundesrat lediglich den Grundsatz der Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt vorgeschlagen⁵⁹, was dann unverändert in die beschlossene Verfassung übernommen worden ist⁶⁰. Auf diese Art und Weise wird die Informationsfreiheit bezüglich der Verwaltung und Regierung – in Fortführung des bisherigen Rechts⁶¹ – nachgerade ausgeschaltet. Es liegt im Ermessen der Verwaltung zu entscheiden, ob und inwieweit informiert wird. Die Verfassung erschliesst hier jedenfalls keine öffentliche Informationsquelle, an die Art. 16 Abs. 3 anschliessen könnte. Das Parlament hatte sich schon vorab bei der Beratung des neuen Bundesgesetzes über die Archivierung zum Grundsatz der Geheimhaltung bekannt. Erst nach dem Ablauf einer Schutzfrist von 30 (Grundsatz) bzw. 50 (schützenswerte Personendaten) Jahren können die Akten eingesehen werden⁶². Das neue Medienverfassungsrecht, das zur Zeit diskutiert wird, soll diese Sachlage nun ändern⁶³.

Gemäss Art. 30 Abs. 3 BV haben die Gerichte als Regel öffentlich zu handeln und die Urteile öffentlich zu verkünden. Nach Sinn und Zweck dieser Vorschriften sollten sich darauf nicht nur die Prozessparteien, sondern auch die interessierte Öffentlichkeit berufen können. Zusammen mit Art. 16 Abs. 3 BV ergeben sich daraus staatliche Informationspflichten, die aus-

⁵⁷ Vgl. die Variante zu Art. 154 Abs. 2 VE 1995.

⁵⁸ Vgl. Art. 17 Abs. 3 KV BE und dazu WALTER KÄLIN/URS BOLZ, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, 275, ZIMMERLI (Anm. 6), 22 Anm. 58 und zur eher eingeschränkten Handhabung: Urteil des Berner Verwaltungsgerichts vom 28.7.1999 mit Besprechung von Andreas Kley, in: Medialex 1999 Heft 4. Die Aargauer Verfassung kennt in § 72 lediglich ein Einsichtsrecht in Akten, die sich auf eine der Volksabstimmung unterliegende Vorlage beziehen und Basel-Land erklärt alle Akten für öffentlich, die sich auf die Zuständigkeit des Parlaments beziehen (§ 55 KV BL).

⁵⁹ Vgl. Botschaft, 412. Siehe aber die überwiesene Motion Vollmer Nr. 97.3110 und dazu die neuen Medien- und Presseartikel, vgl. Abschnitt VI.

⁶⁰ Die parlamentarischen Beratungen geben deshalb wenig her, vgl. Amtl. Bull. (Sonderdruck) N 367 und S 144.

⁶¹ Vgl. BGE 107 Ia 304 (308); vgl. kritisch dazu J.P. MÜLLER (Anm. 3), 294 ff.

⁶² Vgl. Bundesgesetz über die Archivierung vom 26.6.1998, BBl 1998, 3484 ff., (Referendumsvorlage); Art. 9 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1; siehe auch die Botschaft des Bundesrates vom 26.2.1997, BBl 1997 II 941 ff.

⁶³ Vgl. unten Abschnitt VI.

nahmsweise für diesen Bereich grundrechtlich geschützt sind. Die Rechtslage ist in bezug auf die Europäische Menschenrechtskonvention ähnlich (Art. 6 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 10 Abs. 1 EMRK); allerdings sollen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sich nur die Prozessparteien auf die Öffentlichkeit berufen können⁶⁴, nicht aber interessierte Dritte. In diesem Zusammenhang hatte die Europäische Menschenrechtskommission einen interessanten Schweizer Fall zu entscheiden.

Die Genfer Zeitung «Le Courier» beauftragte im April 1993 einen ihrer Journalisten, sich beim Bundesgericht für die Berichterstattung zu akkreditieren. Das Bundesgericht beantwortete sein Schreiben in dem Sinne, dass er fähig sein müsse, von den Gerichtsverhandlungen objektiv zu berichten und dies erfordere einen juristischen Studienabschluss. Er müsse sich aus diesem Grund darüber ausweisen. Der Journalist verweigerte dieses Zeugnis und demzufolge wies das Bundesgericht sein Akkreditierungsgesuch⁶⁵ ab. Die Zeitung und der Journalist beschwerten sich bei der Europäischen Menschenrechtskommission, und machten u.a. eine Verletzung des Art. 10 Abs. 1 EMRK geltend. Die Kommission befand, dass ein Journalist gestützt auf Art. 6 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 EMRK lediglich Zugang zu den öffentlichen Verhandlungen erhalte. Die beim Bundesgericht akkreditierten Journalisten erhielten einen erleichterten Zugang zur Information; sie hätten indessen kein Recht darauf. Zudem sei die Zeitung nicht schlechter behandelt worden als andere Zeitungen. Den Beschwerdeführern sei es nicht gelungen zu zeigen, dass ihnen eine öffentliche Informationsquelle verweigert worden sei. Die Beschwerde sei daher unter diesem Titel unzulässig⁶⁶.

Der Entscheid ist kaum zu vertreten, da es bei einem Journalisten nicht nur um den Empfang von Information geht, sondern um die Verbreitung von Information. Das Nichtgewähren eines Vorteils bei der Informationsbeschaffung ist selbstverständlich eine Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit, die als Schranke zu rechtfertigen ist⁶⁷.

Die betroffene Zeitung «Le Courier» berichtete über den für sie negativen Entscheid, hielt aber dafür, dass das Bundesgericht einen Pyrrhussieg errungen habe. Das Bundesgericht hatte schon vor dem Entscheid seine Akkreditierungsrichtlinien geändert und auf das Erfordernis der juristischen Studien verzichtet. «Autrement dit: depuis l'an passé, l'argumentation du «Cour-

⁶⁴ Vgl. JOCHEN FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl a.Rh. usw. 1996, N. 117 zu Art. 6, 244.

⁶⁵ Siehe zur Akkreditierung von Journalisten vor den Schweizer Gerichten FRANZ ZELLER, Zwischen Verurteilung und Justizkritik, Diss. Bern 1998, 359.

⁶⁶ Vgl. Entscheid der Kommission vom 24.2.1995, DR 80-A, 162 ff. (166 f.); vgl. NZZ vom 24.3.1995, Nr. 70, 15. Siehe zum Entscheid der Verwaltungskommission des Bundesgerichts, Plädoyer 1994/1, 63.

⁶⁷ Gl. A. ZELLER (Anm. 65), 362 Anm. 648.

rier» ... a presque entièrement été accueillie dans la pratique. Le Tribunal Fédéral avait exclu, à l'époque, tout lien avec le dépôt de la requête à Strasbourg⁶⁸.» Der Entscheid der Kommission war fragwürdig. Denn Art. 6 Abs. 1 EMRK ist in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 EMRK eine selbständige Informationsquelle, die jedermann ohne Diskriminierung beanspruchen kann. Die Kommission mass der Akkreditierung nur die Bedeutung eines «accès facilité à l'information»⁶⁹ zu. Im Journalismus ist dieser erleichterte Zugang angesichts des Zeitmoments entscheidend. Der theoretisch mögliche spätere Zugang läuft schlicht auf eine Verweigerung der Informationsfreiheit hinaus. Die den akkreditierten Journalisten gewährte Ankündigung der Sitzungen und die Zustellung der zur Publikation bestimmten Urteile ist eine zwingende Voraussetzung zur Wahrnehmung der journalistischen Informationsfreiheit. Die Grundrechte schützen auch entsprechende Vorbereitungshandlungen⁷⁰. Es spricht für das Bundesgericht, dass es den Vorab-Zugang zu seinen Informationen mit den neuen Richtlinien vom 1. Oktober 1994 von sich aus gelokert hatte⁷¹.

III. Redaktionsgeheimnis

Die Garantie des Redaktionsgeheimnisses gemäss Art. 17 Abs. 3 BV schützt einen wesentlichen Bereich der Pressefreiheit, die journalistischen Quellen. In der Vergangenheit haben sich wesentliche Interessenkollisionen zwischen den Medienschaffenden an der Bewahrung ihrer Quellen und dem Interesse des Staates an der Aufklärung strafbarer Handlungen ergeben⁷². Das Bundesgericht wollte – entgegen der anhaltenden Forderung im Schrifttum⁷³ – den Journalisten kein Zeugnisverweigerungsrecht zuerkennen⁷⁴, bis der europäische Gerichtshof für Menschenrechte diese Rechtslage änderte. Im Urteil Goodwin gegen das Vereinigte Königreich⁷⁵ hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte gegen ein Urteil des House of Lords entschieden. Dieses

⁶⁸ Le Courier, 21.3.1995, 3.

⁶⁹ Vgl. Entscheid der Kommission vom 24.2.1995, DR 80-A, 162 ff. (167).

⁷⁰ Wie das Art. 22 Abs. 2 (Organisation von Versammlungen) oder Art. 27 Abs. 2 (Wahl eines Berufes) BV deutlich machen.

⁷¹ Richtlinien vom 24. August 1994 betreffend die Gerichtsberichterstattung am Bundesgericht, SR 173.111.18.

⁷² Siehe das Beispiel bei FRANZ RIKLIN, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, 170 («Yvonne»).

⁷³ Vgl. RIKLIN (Anm. 72), 171 Anm. 33.

⁷⁴ So etwa BGE 107 Ia 51 mit der Begründung, dass die Pressefreiheit durch die Zeugenpflicht nicht direkt berührt sei.

⁷⁵ Vom 27.3.1996, Rec. 1996-II, 483 ff. = ÖJZ 1996, 795 ff. = Medialex 1996, 99 ff.

verurteilte einen Journalisten strafrechtlich, weil dieser sich geweigert hatte, den Strafbehörden den Namen seines Informanten aus einer Firma bekanntzugeben. Der Journalist hatte in einer Zeitschrift über finanzielle Probleme dieser Firma berichten wollen, was ihm durch eine vorsorgliche richterliche Verfügung verboten worden war⁷⁶:

«Als Wirtschaftsunternehmen hatte die Firma auch ein berechtigtes Anliegen daran, einen unloyalen Angestellten oder Mitarbeiter zu entlarven, der ansonsten möglicherweise weiterhin Zugang zu ihren Räumlichkeiten gehabt hätte um auf diese Weise dessen Firmenzugehörigkeit zu beenden.

Dies sind zweifellos massgebliche Gründe. Es ist jedoch, wie ebenfalls von den innerstaatlichen Gerichten anerkannt wurde, nicht für sich allein ausreichend, wenn eine Partei, welche die Offenlegung einer Quelle begehrt, lediglich aufzeigt, dass sie ohne eine solche Offenlegung nicht in der Lage wäre, das ihr eingeräumte Recht auszuüben oder die drohende Unrechtmässigkeit abzuwehren; es genügt nicht, wenn sie ihren Anspruch darauf stützt, um die Notwendigkeit ihrer Offenlegung darzutun. Der Gerichtshof erinnert in diesem Zusammenhang daran, dass ... die Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen zugunsten des Interesses der demokratischen Gesellschaft vorzunehmen ist. Nach dem Sachverhalt des vorliegenden Falles vermag der Gerichtshof nicht zu befinden, dass das Interesse der Firma daran, ... die noch immer bestehende Schadensdrohung wegen einer möglichen Verbreitung vertraulicher Informationen auf andere Weise als durch die Presse, sowie das Interesse an der Erlangung eines Schadenersatzes und an der Entlarvung eines unloyalen Angestellten ... – selbst wenn man diese Interessen kumulativ betrachtet – ausreichend war, um das vitale öffentliche Interesse am Schutz der Quelle des beschwerdeführenden Journalisten zu überwiegen. Der Gerichtshof ist daher nicht der Meinung, dass die weiteren Zwecke, denen die Offenlegungsorder diene, wenn sie an den von der EMRK gesetzten Standards gemessen werden, das Mass eines zwingenden, im öffentlichen Interesse gelegenen Erfordernisses erreichen können.

Demgemäss gelangt der Gerichtshof zur Schlussfolgerung, dass sowohl die Verfügung, die den Beschwerdeführer verhielt, seine Quelle preiszugeben, als auch die auf Grund seiner Weigerung über ihn verhängte Geldstrafe, eine Verletzung seines Rechts auf Freiheit der Meinungsäusserung gemäss Art. 10 EMRK bewirkt haben.»

Das Bundesgericht hat sich schliesslich dieser Rechtsprechung angeschlossen⁷⁷. Der neue Quellenschutz des Art. 17 Abs. 3 verbessert die Arbeits- und Erkenntnismöglichkeiten der Journalisten institutionell. Die Medienschaffenden haben je nach Auskunftsperson ein eminentes Interesse, ihre Quelle nicht preisgeben zu müssen. Die Informanten würden nämlich von der Weitergabe ihrer Kenntnisse absehen, so dass den Massenmedien weniger Material zur Verfügung stünde. Das Redaktionsgeheimnis stellt diesen Schutz sicher und verhindert grundsätzlich den Zugriff der Justizorgane auf die internen Bereiche der Medien und ihrer Redaktionen⁷⁸. In prozessualer Hinsicht

⁷⁶ Vom 27.3.1996, Rec. 1996-II, 483 ff. = ÖJZ 1996, 795 ff., §§ 45 f. = Medialex 1996, 99 ff.

⁷⁷ Vgl. BGE 123 IV 236 (247).

⁷⁸ Vgl. Botschaft, 159 f.

erhalten die Medienschaffenden gemäss Art. 17 Abs. 3 ein Zeugnisverweigerungsrecht. Art. 17 Abs. 3 BV ist kurz nach dem entsprechenden Art. 27^{bis} StGB abgefasst worden⁷⁹, der gesetzlich ein Zeugnisverweigerungsrecht vorsah. Der Quellenschutz der Journalisten ist im Strafgesetzbuch wie folgt ausgestaltet worden:

Art. 27^{bis} StGB

¹ Verweigern Personen, die sich beruflich mit der Veröffentlichung von Informationen im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums befassen, oder ihre Hilfspersonen das Zeugnis über die Identität des Autors oder über Inhalt und Quellen ihrer Informationen, so dürfen weder Strafen noch prozessuale Zwangsmassnahmen gegen sie verhängt werden.

² Absatz 1 gilt nicht, wenn der Richter feststellt, dass:

- a. das Zeugnis erforderlich ist, um eine Person aus einer unmittelbaren Gefahr für Leib und Leben zu retten; oder
- b. ohne das Zeugnis ein Tötungsdelikt im Sinne der Artikel 111–113 oder ein anderes Verbrechen, das mit einer Mindeststrafe von drei Jahren Zuchthaus bedroht ist, oder eine Straftat nach den Artikeln 187, 189, 190, 191, 197 Ziffer 3, 260^{ter}, 288, 305^{bis}, 305^{ter}, 315 und 316 des vorliegenden Gesetzes sowie nach Artikel 19 Ziffer 2 des Betäubungsmittelgesetzes vom 3. Oktober 1951 nicht aufgeklärt werden oder der einer solchen Tat Beschuldigte nicht ergriffen werden kann.

Der Quellenschutz wird aus demokratischen Gründen garantiert. Ansonsten würde die Informationsbeschaffung der Journalisten erschwert und damit die politische Stellung der Medien insgesamt im demokratischen Prozess geschwächt. Die Journalisten können sich, anders als die Ärzte und Geistlichen, nicht auf das Berufsgeheimnis berufen; im Ergebnis schützt das Redaktionsgeheimnis aber gleich stark. Nach Art. 17 Abs. 3 BV bildet das Redaktionsgeheimnis ein konstitutives Element der Medienfreiheit⁸⁰. Wichtig ist an Art. 17 Abs. 3 BV, dass keine Ausnahmen formuliert werden, ganz im Gegensatz zu Art. 27^{bis} StGB. Die gesetzlichen Ausnahmen von Art. 17 BV müssen sich am Schrankenartikel des Art. 36 BV rechtfertigen lassen. Die Praxis zu Art. 27^{bis} StGB muss sich auf jeden Fall am Grundrecht messen. In der Ausnahmeliste des Art. 27^{bis} StGB erscheinen weniger jene Straftatbestände als problematisch, die mit einer Mindeststrafe von drei Jahren Zuchthaus bedroht sind, als vielmehr diejenigen der Aufzählung. Darunter finden sich so medienrelevante Tatbestände wie Bestechung (Art. 288), Geldwäscherei (Art. 305^{bis}), passive Bestechung (Art. 315) und Annahme von Geschenken (Art. 316 StGB). Diese Regelung verschafft zwar infolge ihrer Starrheit⁸¹

⁷⁹ Vgl. ZIMMERLI (Anm. 6), 16.

⁸⁰ Vgl. Botschaft, 160.

⁸¹ Vgl. ZIMMERLI (Anm. 6), 21.

Rechtssicherheit, andererseits sind angesichts dieser Aufzählung Konflikte mit Art. 17 Abs. 3 BV vorprogrammiert. Je nach Umständen und Interessenslage fordert Art. 17 Abs. 3 BV mehr Flexibilität und damit eine Auslegung gegen den Wortlaut des Art. 27^{bis} StGB⁸².

Es ist bemerkenswert, dass bei *Verwaltungsverfahren* Art. 16 Abs. 3 VwVG ein Zeugnisverweigerungsrecht für Mitarbeiter und Verantwortliche von periodischen Druckschriften sowie von Radio und Fernsehen vorsieht⁸³. Diese Bestimmung gilt nur vor Verwaltungsbehörden des Bundes und nicht vor den kantonalen Instanzen. In Aufsichtsverfahren gemäss Art. 64 RTVG gegen die Veranstalter von Radio- und Fernsehprogrammen können sich die Redaktoren vollumfänglich auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht gemäss Art. 16 Abs. 3 VwVG berufen. Dieses Zeugnisverweigerungsrecht gilt auch im Verfahren vor der Unabhängigen Beschwerdeinstanz⁸⁴, wo ansonsten das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes nicht direkt anwendbar ist, sondern bislang lediglich die Rechtsprechung zu Art. 4 aBV⁸⁵ galt. Art. 17 Abs. 3 BV ist damit im UBI-Verfahren durch die Praxis bereits verwirklicht. Die übrigen Verfahrensgarantien der neuen Bundesverfassung (Art. 29 ff.) geben dem UBI-Verfahren eine wesentlich klarere Struktur.

Das Zeugnisverweigerungsrecht der Journalisten gilt selbstverständlich in allen Prozessrechtsgebieten. Der Bundesgesetzgeber hat die entsprechenden Anpassungen vorgenommen. Im Bundeszivilprozess ist für die Journalisten ein neuer Untertatbestand des Zeugnisverweigerungsrechts in Art. 42 Abs. 1 geschaffen worden, welcher auch durch den Verweis von Art. 16 Abs. 1 VwVG für das Verwaltungsverfahren gilt. Dessen Abs. 3 wurde demzufolge gestrichen. Im Bundesstrafprozess wurde die Angleichung an Art. 27^{bis} StGB durch die Anpassung von Art. 75 BStP erreicht⁸⁶. Auch die Kantone müssen ihre Prozessgesetze entsprechend anpassen. Werden freilich die Verfahrensgesetze nicht rechtzeitig geändert, so verhindert dies die Durchsetzung des Zeugnisverweigerungsrechts nicht. Die jeweiligen Behörden und Gerichte sind verpflichtet, direkt gestützt auf Art. 17 Abs. 3 BV ein Zeugnisverweigerungsrecht anzuerkennen.

⁸² Vgl. die kritischen Hinweise bei J.P. MÜLLER (Anm. 3), 260.

⁸³ Vgl. BGE 98 Ia 421.

⁸⁴ Vgl. den Entscheid der UBI vom 2.12.1994, VPB 1996/60 Nr. 23; BGE 111 Ib 299; RIKLIN (Anm. 72), 168.

⁸⁵ Vgl. Entscheid BGE 122 II 474, ferner 121 II 32.

⁸⁶ Vgl. die Botschaft über die Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung und die notwendige Anpassung der Gesetzgebung vom 11.8.1999, BBl 1999, 7922 (7939).

IV. Schranken der Medienfreiheit

A. Allgemeines

Das Medienverfassungsrecht hat dem Gesetzgeber und den rechtsanwendenden Behörden die «Schranken» gewissermassen vorzugeben, damit nicht über die gesetzlichen Schranken dieser hochsensible Bereich angegriffen werden kann. Die Bundesverfassung hat nun, im Gegensatz zu Art. 8–11 Abs. 2 EMRK, die Schranken nicht spezifisch bei den einzelnen Grundrechten geregelt⁸⁷, sondern dafür einen eigenen allgemeinen Schrankenartikel vorgesehen. Die Problematik dieses Vorgehens wurde in der Botschaft des Bundesrates dargelegt⁸⁸. Diese Ordnung der Grundrechtsschranken ist nämlich nicht für alle Grundrechte der Art. 7–34 BV vorstellbar, namentlich nicht für die Rechtsgleichheit und deren Ableitungen wie Treu und Glauben, die Verfahrensgarantien des Art. 29–32 BV oder etwa das Sozialrecht des Art. 12 BV. Sie ist vielmehr auf diejenigen Grundrechte zugeschnitten, deren Schutzbereich und Inhalt sich aus ihnen selber ergeben, so etwa die Meinungs- und die Medienfreiheit⁸⁹. Der Schrankenartikel enthält selbst also keine spezifischen Leitlinien für die Schranken der Meinungs- und Medienfreiheit. Immerhin erklärt er in Art. 36 Abs. 4 den Kerngehalt für unantastbar.

Bei der Medienfreiheit findet sich eine wichtige Kerngehaltsgarantie. Danach verbietet Art. 17 Abs. 2 die «Zensur». Die von Abs. 2 verbotene Zensur untersagt entweder die präventive (vorgängige) oder repressive (nachträgliche) behördliche Inhaltskontrolle eines Presse- oder elektronischen Mediums. Das Verbot der allgemeinen Vorzensur gehört zum Minimum, das jeder demokratische Rechtsstaat als Kerngehalt zu wahren hat⁹⁰. Eine generelle Vorzensur ist unter keinem Titel zulässig und zwar hinsichtlich aller kommunikativen Rechte, insbesondere der allgemeinen Meinungs-, der Wissenschafts-, Kunst- und Versammlungsfreiheit⁹¹. Vorsorgliche Verfügungen, die

⁸⁷ Eigentlich unnötige Ausnahmen dazu finden sich bei Art. 28 Abs. 4 und Art. 30 Abs. 3 BV, denn dies gilt ohnedies schon aufgrund von Art. 36 BV. Die politische Auseinandersetzung um den Streikartikel war derart heftig (vgl. Amtl. Bull. S 1998, 44 ff., 694 ff.; N 873 ff., S 1105 f., N 1775 ff.), dass diese Tatsache eigens erwähnt werden sollte. Bei Art. 30 Abs. 3 hat man wohl die Regelung von Art. 6 EMRK übernommen. Alle übrigen Grundrechte haben keine eigenen Schrankenregelungen mehr, so auch nicht mehr die Eigentumsgarantie des Art. 26.

⁸⁸ Botschaft, 194; ANDREAS KLEY, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung – ausgewählte Neuerungen, ZBJV 1999, 301 ff., insb. 340 ff.

⁸⁹ Botschaft, 194.

⁹⁰ Vgl. BGE 96 I 219 ff. (229); J.P. MÜLLER (Anm. 3), 192 f.

⁹¹ Vgl. BGE 124 I 269 m.w.H. Siehe den Leitfall BGE 58 I 84 (absolutes Verbot, an Versammlungen das Wort zu ergreifen, unzulässig); vgl. gl. A. J.P. MÜLLER (Anm. 3), 193;

aus den Gründen des Persönlichkeitsschutzes erlassen werden, sind hingegen mit Art. 17 Abs. 2 zu vereinbaren; sie wirken nur individuell.

Jede in einem Medium geäußerte Meinung ist als ganze grundrechtlich geschützt. Allerdings können sich an die Verbreitung dieser Meinung rechtliche Folgen verschiedenster Art ergeben. Diese sog. repressive Zensur, die nach der Äusserung einsetzt, ist unter den Voraussetzungen des Art. 36 BV zulässig⁹². Hier bestehen in der Tat die verschiedensten vor allem zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Persönlichkeit und ihres Privatbereichs. Das Bundesgericht hatte schon unter der Herrschaft der ungeschriebenen Meinungsäusserungsfreiheit die Güterabwägung vornehmen müssen. So hatte es im Basler Pressefotografenfall festgehalten, der Umstand, dass der Betroffene seine fotografische Aufnahme für eine Pressebeurteilung anfertigte, ändere nichts an der strafbaren Verletzung des Art. 179^{quater} StGB. Die in Art. 55 aBV garantierte Pressefreiheit sei, so wie durch Art. 28 ZGB, auch durch Art. 179^{quater} StGB eingeschränkt⁹³. Es ist freilich wichtig, dass die Zivil- und Strafgerichte für eine Verwirklichung der Medienfreiheit in diesen Verfahren sorgen. Sie sind durch die neue Bundesverfassung dazu verpflichtet, sieht doch Art. 35 Abs. 3 BV vor, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Schon die frühere Rechtsprechung hatte dem Verfassungsrecht diesen Einfluss auf das Zivil- und Strafrecht zugebilligt⁹⁴. Heute ist daraus eine verbindliche *mittelbare Drittwirkung* entstanden⁹⁵.

Die neue Bundesverfassung gibt demnach bezüglich der Schranken der Medienfreiheit durchaus Leitlinien vor, die bisher nur in der Rechtsprechung verankert waren. Es ist eine Aufgabe der Gesetzgebung und vor allem der Rechtsprechung, diese Leitlinien konkreter bis hin zum Einzelfall zu ziehen. Immerhin gibt die Verfassung die möglichen Konfliktlagen und die zu berücksichtigenden Prinzipien und Werte genügend vor. Das ist ein Fortschritt. Im Einzelfall bleibt die Rechtsgüterabwägung wesentlich. Das soll anhand ausgewählter Problembereiche vor dem Hintergrund der neuen Bundesverfassung gezeigt werden.

ZIMMERLI (Anm. 6), 20. Das Bundesgericht hatte eine Vorschrift, welche im Bewilligungsgesuch betreffend eine Versammlung die Bekanntgabe allfälliger Redner verlangte, als unzulässig angesehen, vgl. BGE 107 Ia 292 ff. (298).

⁹² Botschaft, 160 f.; J.P. MÜLLER (Anm. 3), 256 f.

⁹³ Vgl. dazu BGE 118 IV 41 ff. (51), ferner BGE 107 Ia 280 f. zu Art. 28 ZGB.

⁹⁴ Vgl. BGE 107 Ia 280.

⁹⁵ Vgl. Botschaft, 193.

B. Medienfreiheit und unlauterer Wettbewerb

1. Problem

Das Verhältnis zwischen der wirtschaftlich relevanten Medienberichterstattung zu den betroffenen Unternehmen hat sich nach mehreren Gerichtsentscheidungen als heikel erwiesen. Mittels einer extensiven Auslegung des Lauterkeitsrechts sind den Medien erhebliche Beschränkungen auferlegt worden. Es fragt sich, ob die neue Bundesverfassung an dieser Sachlage etwas ändert. Gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb⁹⁶ bezweckt das Gesetz die Gewährleistung des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs im Interesse aller Beteiligten. Die Generalklausel des Art. 2 UWG bezeichnet «jedes täuschende oder in anderer Weise gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebahren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst», als unlauter und widerrechtlich.

Die Generalklausel umschreibt das Schutzobjekt des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb: Geschützt sind neben der Geschäftsmoral im klassischen Sinn vor allem *Bestand und Funktionsfähigkeit* des Wettbewerbs (sog. «funktionale Theorie»). Das 1986 totalrevidierte und am 1.3.1988 in Kraft getretene Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb nimmt damit einen Konzeptionswechsel vor⁹⁷ und setzt zwischen den Parteien eines UWG-Zivilverfahrens kein Wettbewerbsverhältnis mehr voraus. Vielmehr kann ein Anbieter gegen jede vermeintliche oder tatsächliche Beeinträchtigung des funktionierenden Wettbewerbs gemäss Art. 9 UWG Klage erheben. Gestützt auf Art. 9 UWG kann ein Zivilkläger einem Journalisten u.a. eine drohende Verletzung verbieten, die Widerrechtlichkeit einer Verletzung feststellen lassen und ferner die Berichtigung, Urteils publikation und Schadenersatz einklagen. In strafrechtlicher Hinsicht kann der unlautere Wettbewerb nach Art. 3–6 UWG auf Antrag mit Gefängnis oder Busse bis zu Fr. 100 000.– bestraft werden. Es handelt sich bei alledem um krasse Eingriffe in die Medienfreiheit. Bei vergleichbaren Tatbeständen des ausländischen Rechts hatte dies auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte so gewertet⁹⁸.

Artikel von Journalisten in Zeitungen und Zeitschriften können damit zu UWG-relevanten Wettbewerbsverfälschungen führen⁹⁹. Das Lauterkeits-

⁹⁶ Vom 19.12.1986, SR 241 (= UWG).

⁹⁷ Vgl. Botschaft vom 18.5.1983, BBl 1983 II 1009, insb. 1038 f.

⁹⁸ Vgl. Urteil Tolstoy Miloslavsky gegen das Vereinigte Königreich vom 13.7.1995, Série A, Vol. 316-B = ÖJZ 1995, 950, § 35 oder das Urteil Jacubowski gegen Deutschland vom 23.6.1994, § 35, Série A, Vol. 316-B = ÖJZ 1995, 151, Urteil Hertel gegen die Schweiz vom 25.8.1998, Rec. 1998-VI, 2298 ff. § 46 = ÖJZ 1999, 614 ff. (615).

⁹⁹ Vgl. BGE 120 II 76, 117 IV 195 ff., 116 II 470 zur funktionalen Theorie m.w.H.

recht wird in einer vom Gesetzgeber nicht beabsichtigten Weise als mögliches Zensurmittel gegen unliebsame Medienkritik an Unternehmen und ihren Erzeugnissen angewendet. Die Medienunternehmen und ihre Mitarbeiter haben in sämtlichen konsumenten-, wirtschafts- und wettbewerbsrelevanten Belangen acht zu geben, dass sie nicht zu kritisch sind. Damit stellt sich sofort die Frage, ob die dadurch bedingten Eingriffe mit der Medien- und Meinungsfreiheit des Art. 17 BV vereinbar sind. Eingriffe sind an den Voraussetzungen des Art. 36 BV zu messen.

2. Gesetzliche Grundlage

Jeder Eingriff erfordert gemäss Art. 36 Abs. 1 BV bzw. Art. 10 Abs. 2 EMRK eine gesetzliche Grundlage. Der Gerichtshof hat im Urteil Tolstoy Miloslavsky ausgeführt¹⁰⁰:

«Der Ausdruck «vom Gesetz vorgesehen» verlangt zunächst, dass die bekämpften Massnahmen eine Grundlage im innerstaatlichen Recht besitzen. Der Ausdruck bezieht sich auf die Qualität des in Rede stehenden Gesetzes, die verlangt, dass es den betroffenen Personen zugänglich ist und dass es ausreichend präzise formuliert ist um sie – erforderlichenfalls mit geeigneter Beratung – in die Lage zu versetzen, in einem den Umständen nach angemessenem Ausmass die Folgen vorherzusehen, die eine bestimmte Handlung nach sich ziehen kann. Ein Gesetz, das ein Ermessen einräumt, ist für sich betrachtet mit diesem Erfordernis nicht unvereinbar, vorausgesetzt, dass das Ausmass des Ermessens und die Art seiner Ausübung mit hinreichender Klarheit bezeichnet werden, wobei auf das in Rede stehende legitime Ziel Bedacht zu nehmen ist, um dem einzelnen einen angemessenen Schutz gegen willkürliche Eingriffe zu bieten.»

Die angeordneten Eingriffe stützen sich auf das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb und haben insofern zumindest theoretisch eine gesetzliche Grundlage. Ebenso wichtig wie die gesetzlichen Bestimmungen ist jedoch die darauf beruhende richterliche Praxis, die erst zeigt, in welchem Rahmen und Umfang das richterliche Ermessen ausgeübt wird. Mittlerweile hat sich die äusserst strenge Praxis des Bundesgerichts zu UWG-Verletzungen von Journalisten nachgerade eingebürgert. Es ist heute unter Journalisten bekannt, dass wirtschaftliche Berichte riskant sind, wenn ein Wettbewerber darin kritisiert wird. Man könnte insofern von einer genügenden gesetzlichen Grundlage sprechen, wenn nicht der Rechtsschutz gegen UWG-Massnahmen derart ungenügend wäre.

Die zivilrechtlichen UWG-Klagen unterstehen keiner genügenden Rechtskontrolle, da nach Art. 12 Abs. 2 UWG die Kantone nur eine einzige Instanz vorsehen dürfen. Gegen den einzigen Entscheid sind keine ordentli-

¹⁰⁰ Vgl. Urteil Tolstoy Miloslavsky gegen das Vereinigte Königreich vom 13.7.1995, Série A, Vol. 316-B = ÖJZ 1995, 950, § 37.

chen Rechtsmittel zulässig, die eine umfassende Prüfung des Sachverhalts zulassen. So kann z.B. die Ermittlung der Schadenersatzsumme mit keinem hinreichenden Rechtsmittel gerügt werden. Die staatsrechtliche Beschwerde erlaubt ebenfalls keine Sachverhaltsprüfung, da lediglich eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung gerügt werden kann. Noch krasser ist die Situation bei vorsorglichen Massnahmen, die infolge Zeitablaufs wie Endentscheide wirken¹⁰¹. Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte legt gerade im Falle nahezu unbeschränkten Ermessens in Schadenersatzsachen ein grosses Gewicht auf eine «angemessene und wirksame Sicherung gegen einen unverhältnismässig hohen Ersatzspruch»¹⁰². Die gesetzliche Grundlage von derartigen Eingriffen in die Medienfreiheit erscheint vor diesem Hintergrund zumindest mangelhaft und müsste wenigstens durch eine ausreichende Gerichtskontrolle kompensiert werden¹⁰³.

3. Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit

Die auf das Lauterkeitsrecht abgestützten Eingriffe wollen den «funktionierenden Wettbewerb» schützen. Art. 36 Abs. 2 BV erwähnt als Eingriffsmotiv die öffentlichen Interessen und die Rechte Dritter. Art. 10 Abs. 2 EMRK nennt das Ziel des funktionierenden Wettbewerbs allerdings in seiner Aufzählung nicht. Auch sind die in Art. 36 Abs. 2 BV und Art. 10 Abs. 2 EMRK erwähnten Rechte anderer je gegensätzlich betroffen. Die Anbieter haben ein Interesse an einem möglichst hohen Umsatz, was im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 BV geschützt ist. Die Konsumenten haben demgegenüber in bezug auf wirtschafts- und konsumrelevante Berichterstattungen in den Zeitungen die Informationsfreiheit des Art. 16 Abs. 3 BV auf ihrer Seite und die Medienunternehmen und Journalisten können die Medienfreiheit des Art. 17 BV beanspruchen. Dieser Interessenkonflikt darf nun durch die UWG-Rechtsprechung nicht in der Weise gelöst werden, dass die Wirtschaftsfreiheit absoluten Vorrang genießt. Das vom Bundesgericht anerkannte Prinzip praktischer Konkordanz¹⁰⁴ verbietet ein derartiges Vorgehen grundsätzlich.

In der Praxis erfolgt die richterliche Zensurmassnahme superprovisorisch, d.h. der Massnahmerichter verfügt ein Berichterstattungsverbot ohne Mög-

¹⁰¹ Vgl. J.P. MÜLLER (Anm. 3), 256 Anm. 37.

¹⁰² Urteil Tolstoy Miloslavsky gegen das Vereinigte Königreich vom 13.7.1995, Série A, Vol. 316-B = ÖJZ 1995, 951, § 50

¹⁰³ Vgl. ANDREAS KLEY, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, 60 ff. m.w.H.

¹⁰⁴ Vgl. z.B. BGE 123 I 152 ff. (157 f.); BGE 120 II 82 (Mikrowellenurteil!); BVerfGE 34, 165 (182); 41, 29 (50); 52, 223 (247, 251); 91, 1 (21); siehe dazu ausführlich ANDREAS KLEY, Liechtensteinisches Verwaltungsrecht, Vaduz 1998, 101 f.

lichkeit der Anhörung der Beschwerdeführerin. Für eine solcherart angeordnete Zensurmassnahme müssen qualifizierte öffentliche Interessen bestehen, d.h. dringende Bedürfnisse «in einer demokratischen Gesellschaft» gemäss Art. 10 Abs. 2 EMRK¹⁰⁵. Die parallele Bestimmung aus dem Persönlichkeitschutzrecht des Art. 28c Abs. 3 ZGB sieht deshalb vor, dass eine Verletzung durch periodisch erscheinende Medien durch den Richter nur dann vorsorglich verboten werden kann, wenn sie einen besonders schweren Nachteil verursachen kann, offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt und die Massnahme nicht unverhältnismässig erscheint. Diese drei Voraussetzungen sind kumulativ zu erfüllen¹⁰⁶; sie müssten auch analog für vorsorgliche UWG-Massnahmen verlangt werden. Ein bloss ökonomisches Interesse eines Unternehmens an der Verhinderung einer negativen Wirtschaftsberichterstattung erfüllt die Voraussetzungen des Art. 28c Abs. 3 ZGB nicht und vermag das Interesse der Öffentlichkeit an Information nicht aufzuwiegen. Die entsprechenden Massnahmen verletzen deshalb die Medienfreiheit des Art. 17 BV.

Das Bundesgericht hat im Verfahren «Contra-Schmerz» gegen die Sendung «Kassensturz» die Interessen einseitig abgewogen. Das vom Massnahmerichter und zuletzt vom Bundesgericht bestätigte Berichterstattungsverbot betreffend «Contra-Schmerz» verunmöglicht jede vernünftige Medienarbeit im Bereiche des Gesundheits- und Konsumentenschutzes. Jede exemplifizierende, d.h. jede konkrete Berichterstattung ist unzulässig. Im Sachbereich des Gesundheits- und Konsumentenschutzes wird die Medienfreiheit stark eingeschränkt: «Eine beispielhafte Darstellung oder exemplifizierende Medienberichterstattung, wie sie die Beklagte vertritt, ist durch die öffentliche Aufgabe der Presse nicht zu rechtfertigen¹⁰⁷.» Das Bundesgericht wertet diese Berichterstattung – wenig überzeugend – als Interesse an der «Erhöhung der Einschaltquoten»¹⁰⁸. Es übersieht dabei die grundlegende Tatsache, dass Art. 10 Abs. 1 EMRK die Meinungs- bzw. Medienfreiheit der Persönlichkeit der Menschen willen einräumt und nicht damit die einzelnen eine «öffentliche Aufgabe» wahrnehmen. Die öffentliche Aufgabe der Presse ist bloss eine tatsächliche und erwünschte Folge der Grundrechtseinräumung. Die Presse hat gerade im Bereich der beispielhaften Berichterstattung eine wichtige Aufgabe, wie das etwa der Dioxin-Skandal in Belgien klar belegt hat.

¹⁰⁵ Vgl. Urteil Hertel gegen die Schweiz vom 25.8.1998, Rec. 1998-VI, 2298 ff., § 46 Abs. ii = ÖJZ 1999, 614 ff. (615).

¹⁰⁶ Vgl. BGE 118 II 373 = Pra 1995 Nr. 123.

¹⁰⁷ BGE 124 III 77. Im anschliessenden Strassburger Verfahren bin ich Rechtsvertreter der Veranstalterin, was ich im Sinne der Transparenz hier anzeigen möchte.

¹⁰⁸ BGE 124 III 77.

Es besteht in jeder Demokratie ein öffentliches Interesse an der Meinungs- und der Pressefreiheit. Das Grundrecht ist aber *primär um des Schutzes von Interessen einzelner Privatpersonen* eingeräumt, die ihre von der Mehrheit oder von irgendwelchen wissenschaftlichen Lehren abweichenden Meinungen verbreiten wollen und verbreiten dürfen. Eine konsequente *demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie* verkehrt die Individualfreiheit in ihr Gegenteil¹⁰⁹. «Ob mit dem Freiheitsgebrauch gleichzeitig auch öffentlichen Interessen gedient oder ob öffentlichen Interessen geschadet wird, ist im Rahmen, in dem das Freiheitsrecht gewährleistet ist, also innerhalb seiner Schranken, rechtlich gleichgültig. Dieses Ergebnis ist nach unserem Freiheitsverständnis unausweichlich¹¹⁰.» Die Europäische Menschenrechtskonvention ist deshalb mit dem Individualbeschwerderecht des Art. 34 EMRK ausgestattet und dadurch speziell auf den *individuellen Rechtsschutz* ausgerichtet. Entsprechendes gilt für die nationalen Verfahren individuellen Rechtsschutzes. Der Individualrechtsschutz dient – das ist seine erwünschte Folge – auch dem öffentlichen Interesse, die Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung zu verwirklichen. Auch die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio- und Fernsehen (UBI) gewichtet die Meinungsfreiheit als Individualgrundrecht entsprechend stark¹¹¹:

«In diesem Sinn hat die Beschwerdeinstanz in ihrer Praxis stets festgestellt, dass entsprechend dem Grundanliegen der Presse- und Meinungsfreiheit jedem Veranstalter erlaubt sein muss, sich kritisch mit den verschiedensten staatlichen, gesellschaftlichen, kulturellen und religiösen Fragen des Lebens auseinanderzusetzen. Insbesondere muss auch bei Radio und Fernsehen Kritik und Opposition auch gegen dominierende politische Meinungen, herrschende Strukturen, Mehrheitsauffassungen und etablierte Ansichten und Institutionen möglich sein ... Es ist schlechthin kein Thema denkbar, das einer kritischen Erörterung in den elektronischen Medien entzogen sein darf.»

Das Bundesgericht hat im Urteil «Contra-Schmerz» in einseitiger Weise die Meinungsfreiheit, die für die Medien «von besonderer Wichtigkeit ist»¹¹², praktisch ausser acht gelassen und dafür den Stellenwert des funktionierenden Wettbewerbs Übergewichtet. Im Gegensatz dazu wog die Europäische Kommission für Menschenrechte im UWG-Verfahren Hertel, das dem Beschwerdeführer eine kritische Berichterstattung über Mikrowellenöfen weit-

gehend verbot¹¹³, die Medienfreiheit in den Belangen der öffentlichen Gesundheit schwer. Dabei sei der Eingriff in Form eines Berichterstattungsverbots im Verhältnis zum legitimen Ziel nicht proportional und deshalb in einem demokratischen Staat für den Schutz des guten Rufes und der Rechte anderer nicht nötig, wie dies Art. 10 Abs. 2 EMRK forderte. Der Gerichtshof für Menschenrechte hat diese Anschauung der Kommission bestätigt¹¹⁴:

«Der Gerichtshof kann nicht umhin, eine gewisse Diskrepanz zwischen der Massnahme und dem Verhalten, dessen Korrektur sie dienen sollte, festzustellen. Diese Disparität erweckt den Eindruck eines Ungleichgewichts, welches durch den Anwendungsbereich der in Rede stehenden Verfügung ihren Ausdruck findet. In dieser Hinsicht bleibt, auch wenn es stimmt, dass die Verfügung nur auf bestimmte Aussagen Anwendung findet, die Tatsache, dass sich diese Aussagen auf den Kern der Auffassungen des Beschwerdeführers bezogen haben. Die Auswirkung der einstweiligen Verfügung bestand zum Teil daher darin, die Arbeit des Beschwerdeführers einer Zensur zu unterwerfen und wesentlich seine Möglichkeiten zu vermindern, Ansichten öffentlich vorzutragen, welche ihren Platz in einer öffentlichen Diskussion – deren Existenz nicht geleugnet werden kann – haben müssen. Es tut wenig zur Sache, dass seine Meinung eine Minderheitenmeinung ist und inhaltlich unberechtigt scheinen mag, weil in einem Bereich in welchem es unwahrscheinlich ist, dass es irgendeine Sicherheit gibt, es besonders unangemessen wäre, die Freiheit der Meinungsäusserung lediglich auf allgemein anerkannte Ideen einzuschränken.»

4. Beurteilung der UWG-Problematik an Hand von Art. 17 BV

Die bundesgerichtliche Praxis, Art. 3 lit. a UWG mit seinen zivil- und strafrechtlichen Folgen stets auf Medienschaffende anzuwenden, wenn ihre Äusserungen wirtschafts- und umsatzrelevant sind, verletzt die Medienfreiheit gemäss Art. 17 BV, die wie Art. 10 EMRK auszulegen ist, krass und ohne sachliche Notwendigkeit. Das Bundesgericht scheint an seiner fragwürdigen Anschauung trotz des Urteils Hertel des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte festzuhalten. Das Bundesgericht führte im Revisionsverfahren gemäss Art. 139a OG aus, es sei «anzunehmen, dass ein an den Wissenschaftler gerichtetes Verbot wettbewerbsgeneigter Verlautbarungen, mit denen gesundheitsschädigende Wirkungen von im Mikrowellenherd zubereiteter Nahrung ohne Hinweis auf den herrschenden Meinungsstreit als wissenschaftlich erwiesen werden, jedenfalls dann mit Art. 10 EMRK zu vereinbaren ist, wenn konkrete Anzeichen dafür bestehen, dass es zu solchen Verlautbarungen kommen wird ...¹¹⁵.» «Das Verbot, in Publikationen oder öffentlichen Vorträ-

¹⁰⁹ Vgl. ANDREAS KLEY, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. St. Gallen 1989, 108 m.w.H. Das Bundesgericht hatte in der Krisenzeit der dreissiger Jahre in BGE 52 I 125 eine «sachliche» und «wahre» Presseberichterstattung gefordert, vgl. auch BGE 37 I 388.

¹¹⁰ YVO HANGARTNER, Zweckbindung der Freiheitsrechte, in: Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, 377, insb. 378 f.

¹¹¹ Vgl. UBI-Entscheid b.138 vom 5.10.1990; vgl. auch BGE 95 II 492 f., «Mediterranis».

¹¹² Urteil Worm gegen Österreich vom 29.8.1997, Rec. 1997-V, 1534, § 42 = ÖJZ 1998, 36 f.

¹¹³ «Mikrowellen-Bericht» der Kommission vom 9.4.1997, § 52 f., Rec. 1998-VI, S 2339 ff. (2342 f.) und dazu das Art. 10 EMRK verletzende Urteil BGE 120 II 76 und das Revisionsurteil, BGE 125 III 185.

¹¹⁴ § 50 Abs. 2 des Urteils Hertel vom 25.8.1998, Rec. 1998-VI, 2298 ff. = ÖJZ 1999, 614 ff. (616).

¹¹⁵ BGE 125 III 185 (191) = Medialex 1999, 98 ff., Revisionsverfahren i.S. Hertel.

gen über Mikrowellenherde die Abbildung eines Sensemannes oder eines ähnlichen Todessymbolen zu verwenden, ist unverändert aufrechtzuerhalten ...¹¹⁶.» Das Bundesgericht hat sein früheres Urteil weitestgehend bestätigt und ist damit den Anforderungen des Art. 10 EMRK nicht gerecht geworden¹¹⁷. Das Urteil steht im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung, die es dem Bürger zutraute, «Übertreibungen als solche zu erkennen und vernunftgemäss zu entscheiden»¹¹⁸. Die Medienfreiheit ist für eine demokratische Gesellschaft zu wichtig, als dass im Bereich der Wirtschaftsberichterstattung die davon negativ betroffenen Unternehmen sie einfach an die Wand drücken können. Die ausdrückliche Anerkennung der Medienfreiheit in Art. 17 BV, die gerade wegen und aufgrund der Strassburger Rechtsprechung erfolgt ist, muss nach der neuen Verfassung zu einem andern Ergebnis führen. Andernfalls ist zu hoffen, dass der Gerichtshof für Menschenrechte in einem neuen Verfahren diesen wesentlichen Aspekt der Meinungsfreiheit gegen das Bundesgericht durchsetzen wird.

Die Fachwelt und die Wissenschaft haben die negativen Auswirkungen dieser Rechtsprechung, welche die Kritik an Produkten der Wirtschaft faktisch verbietet, kritisiert¹¹⁹. Der Bundesgesetzgeber hat das Problem erörtert, nachdem das Bundesgericht die Lösung des Problems nicht mittels einer verfassungskonformen Auslegung, sondern einer Gesetzesänderung sieht¹²⁰. Die Rechtskommission des Nationalrats wollte vorsehen, dass das Lauterkeitsrecht auf Medienschaffende nicht mehr anwendbar ist, ausser sie handelten mit kommerzieller Wettbewerbsabsicht¹²¹. Der Nationalrat hat nun allerdings die entsprechende Motion abgelehnt¹²², womit die Lösung dieses Problems erneut der Rechtsprechung überantwortet wird. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht – um mit Hegel zu sprechen – die Erfüllung jenes «prickelnden Triebes», «seine (wirtschaftsrelevante) Meinung zu sagen und gesagt zu haben»¹²³ wieder ermöglichen wird.

¹¹⁶ Vgl. BGE 125 III 185 (192) = Medialex 1999, 98 ff., Revisionsverfahren i.S. Hertel.

¹¹⁷ Gl. A. FRANZ WERRO, Besprechung von BGE 125 III 185, Medialex 1999, 101 f.

¹¹⁸ BGE 98 Ia 73 (98); vgl. dazu oben II.B.

¹¹⁹ Vgl. die breite Presseberichterstattung, z.B. NZZ vom 16.4.1998, Nr. 87, 14; Plädoyer 2/98, 37; Süddeutsche Zeitung vom 18.3.1998, 14; NZZ vom 30.1.1992, 18.

¹²⁰ Vgl. BGr. vom 13.12.1994, Schweizerische Mitteilungen zum Immaterialgüterrecht 1995, 438 ff. (443).

¹²¹ Vgl. NZZ vom 29.6.1999, Nr. 147, 12; parlamentarische Initiative Vollmer Nr. 98.436, Beschluss vom 23.6.1999.

¹²² Vgl. das Amtl. Bull. N vom 4.10.1999 betreffend die parlamentarische Initiative Vollmer.

¹²³ Vgl. Anm. 2.

C. Zulässigkeit richterlicher Vorzensur?

Das Verhältnis zwischen Medien und Richtern ist immer wieder belastet worden. Grundsätzlich arbeiten die Gerichte jenseits der Medienaufmerksamkeit. Zuweilen fällen die Gerichte aber spektakuläre Entscheide oder es sind Verfahren anhängig, die in der Öffentlichkeit Aufmerksamkeit erregen. Die Situation wird heikel, wenn ein Massenmedium selbst Partei in einem Prozess ist. Hier könnten die Gerichte versucht sein, unter dem Vorwand zulässiger Motive, etwa dem Schutz der Verfahrensfairness und der Unabhängigkeit der Gerichte, ein generelles Berichterstattungsverbot über einen Prozess zu erlassen¹²⁴. Das lässt sich an einem krassen Beispiel¹²⁵ deutlich zeigen.

Die Veranstalter von Radio- und Fernsehprogrammen benötigen eine Konzession des Bundesrates, die erteilt werden kann, wenn die allgemeinen Konzessionsvoraussetzungen gegeben sind¹²⁶. Stellt die Aufsichtsbehörde eine Rechtsverletzung eines Veranstalters fest, so kann sie dem Departement beantragen, die Konzession durch Auflagen zu ergänzen, einzuschränken, zu suspendieren oder zu widerrufen¹²⁷. Im Fall Dioxin II¹²⁸, bei dem die Unabhängige Beschwerdeinstanz über eine Dioxin-Sendung des «Kassensturz» zu befinden hatte, ist es dazu gekommen.

Die Unabhängige Beschwerdeinstanz stellte in einem Kassensturz-Beitrag vom 22. November 1992 über eine angebliche Dioxin-Verseuchung von Boden eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots fest. Dieser Entscheid wurde rechtskräftig. In der Folge thematisierte ein Kassensturzbeitrag vom 15./19. November 1994 diesen früheren Entscheid und kommentierte ihn kritisch. Es wurde aus dem Entscheidtext zitiert und die von der Unabhängigen Beschwerdeinstanz beanstandeten Sequenzen wurden zunächst rot umrandet gezeigt. Dann fasste die Sendung die einzelnen Punkte zusammen, welche die Unabhängige Beschwerdeinstanz gerügt hatte. Schliesslich wurden die Aus-

¹²⁴ Vgl. zu den Motiven: ZELLER (Anm. 65), 233 ff.

¹²⁵ Ein anderes Beispiel ist das Contra-Schmerz-Urteil des Bundesgerichts (auszugsweise veröffentlicht in BGE 124 III 72 ff.), wobei das hier kurz erwähnte Berichterstattungsverbot in der amtlichen Veröffentlichung weggelassen wurde. In der superprovisorischen Verfügung wurde dem Veranstalter verboten «das vorliegende Massnahmeverfahren im Rahmen einer Kassensturzsending zu kommentieren». Es handelte sich um den gelungenen Versuch einer richterlichen Zensur. Die richterliche Tätigkeit betreffend einen Einzelfall sollte hier von jeder Medienkommentierung ausgenommen werden. Für diese Vorzensur besteht keinerlei Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft und ebensowenig eine gesetzliche Grundlage.

¹²⁶ Vgl. Art. 10 und 11 RTVG.

¹²⁷ Vgl. Art. 67 Abs. 1 lit. c RTVG.

¹²⁸ Vgl. BGE 122 II 472 f. Ich habe an diesem Prozess als Rechtsvertreter der Veranstalterin gewirkt.

schnitte grün umrandet und in einer von den Sendeverantwortlichen als programmrechtskonform beurteilten Fassung wiederholt. Noch vor Eingang einer Populärbeschwerde gegen diesen zweiten Dioxin-Beitrag beantragte die Unabhängige Beschwerdeinstanz beim Verkehrs- und Engergewirtschaftsdepartement eine Ergänzung der SRG-Konzession vom 18.12.1992 mit der Auflage, dass sich die SRG im Fall der Gutheissung einer Programmrechtsbeschwerde einer Kommentierung des Entscheids in ihren Medien zu enthalten habe, soweit sie über eine knappe Information über den Ausgang des Verfahrens und einem allfälligen Weiterzug an das Bundesgericht hinausgehe. Unter Vorbehalt einer ausdrücklichen Erlaubnis der Konzessionsbehörde sei insbesondere eine vollständige oder teilweise Wiederausstrahlung des programmrechtsverletzenden Beitrags zu untersagen¹²⁹.

Kurze Zeit nach diesem Antrag ging eine Beschwerde gegen diese zweite Dioxin-Sendung ein. In diesem zweiten Beschwerdeverfahren stellte die Unabhängige Beschwerdeinstanz hinsichtlich der Kommentierung ihres ersten Entscheids erneut eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots fest. Zu der beantragten Konzessionsergänzung ist es nicht gekommen; der Antrag ist im Sande verlaufen. Er hätte in der Tat für die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft eine echte Vorzensur eingeführt und die Aussendung von früheren Programmteilen von einer vorgängigen Zustimmung des Bundesrates abhängig gemacht. Das Beispiel zeigt, dass das Verbot der Vorzensur gerade im Bereich der Medien aktuell bleibt. Überdies ist es bemerkenswert, dass ausgerechnet die Unabhängige Beschwerdeinstanz erwägt, das Fernsehen präventiv und generell zu zensurieren. Es handelt sich um einen Eingriff in den Kerngehalt der Meinungs- und Medienfreiheit¹³⁰. Das ist nur aus der Befangenheit der Unabhängigen Beschwerdeinstanz erklärbar¹³¹. Sie hat denn auch

¹²⁹ Fraglich ist, ob eine blosser Änderung der Sendekonzession eine genügende gesetzliche Grundlage abgeben würde. So bestimmt etwa die SRG-Konzession in Art. 3 Abs. 6 über den Programmauftrag u.a.: «In wichtigen, über die Sprach- und Landesgrenzen hinaus interessierenden Informationssendungen ist in der Regel die Hochsprache zu verwenden; dies gilt insbesondere für alle sprachregionalen Nachrichtensendungen.» Wohl liegt hier ein zulässiges öffentliches Interesse vor, aber die gesetzliche Grundlage fehlt völlig. Diese Bestimmung würde mindestens in die Verordnung gehören. Die Konzession kann als Rechtsanwendungsakt, auch wenn von grosser Tragweite, nämlich keine derartige Gesetzesgrundlage abgeben, gl. A. MARTIN DUMERMUTH, *Rundfunkrecht*, in: Heinrich Koller u.a. (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N. 141; das Bundesgericht hatte im Urteil vom 17.19.1982, ZBl 1982, 219 ff. (222) gegenteilig entschieden. Die erteilten Sendekonzessionen enthalten viele derartige Beschränkungen: vgl. Art. 3 Abs. 2 der Konzession für das Fernseh-Spartenprogramm SwissHits, BBl 1999 2786; Art. 3 Abs. 2 der Konzession TV3, BBl 1999 2794.

¹³⁰ Vgl. J.P. MÜLLER (Anm. 3), 190.

¹³¹ Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1992–1996*, Bern 1998, 143 f.

die Vorzensur nur auf ihre eigenen Entscheide (und nicht einmal jene des Bundesgerichts) bezogen. Auch im Lichte der Medienfreiheit besehen, muss diese Vorzensur als verfassungswidrig angesehen werden¹³².

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Art. 10 EMRK lässt nämlich harsche Kritik gegen Richter zu. Im Urteil De Haes und Gijssels gegen Belgien¹³³ hat der Gerichtshof für Menschenrechte eine harte Kritik an den Gerichten akzeptiert und die Bestrafung der Kritiker als unzulässige Beschränkung des Art. 10 Abs. 1 EMRK angesehen. Im Urteil Schöpfer gegen die Schweiz ist aber eine mit 500 Fr. Busse sanktionierte anwaltliche Kritik an der Luzerner Justiz, wonach diese die Luzerner Gesetze und die Menschenrechte seit Jahren im höchsten Grade verletze, akzeptiert worden¹³⁴. Denn der Anwalt habe es unterlassen, vor der öffentlichen Kritik die entsprechenden Rechtsmittel einzulegen, um Abhilfe zu schaffen. Im vorliegenden Zusammenhang ist das gänzliche Berichterstattungsverbot, also weit mehr als ein Kritikverbot für ein laufendes Verfahren, vor dem Hintergrund des Urteils Worm gegen Österreich besonders interessant¹³⁵. In diesem Fall hatte ein Journalist seine Verurteilung angefochten, die wegen einer sog. «unerlaubten Beeinflussung des Gerichts» ausgesprochen worden war. Der Journalist hatte über das laufende Strafverfahren gegen den früheren österreichischen Finanzminister Androsch berichtet und diesen der Steuerhinterziehung bezichtigt. Das Gericht ist in diesem Artikel aber nicht kritisiert worden. Der Gerichtshof hatte bei der Frage der Notwendigkeit dieses Eingriffs in der demokratischen Gesellschaft festgehalten, dass die nach Art. 10 Abs. 2 EMRK zulässigen Einschränkungen «zur Aufrechterhaltung des Ansehens und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung» die Staaten nicht berechnete, alle Formen einer öffentlichen Diskussion über gerichtshängige Angelegenheiten zu verbieten. Es sei anerkannt, dass die Gerichte nicht in einem Vakuum arbeiten könnten. Es müsse grundsätzlich möglich sein, die anhängigen Fälle in Fachzeitschriften und in der allgemeinen Presse zu diskutieren. Dies stelle gerade auch Art. 6 Abs. 1 EMRK sicher, der eine öffentliche Verhandlung verlange und gelte insbesondere für den Fall, wo ein früherer Minister angeklagt sei. Politiker müssten die Grenzen der annehmbaren Kritik weiter ziehen als Privatpersonen.

¹³² So auch ZELLER (Anm. 65), 375.

¹³³ Urteil De Haes und Gijssels gegen Belgien vom 24.2.1997, Rec. 1997 198 ff. = ÖJZ 1997, 914 ff.

¹³⁴ Urteil Schöpfer gegen die Schweiz vom 20.5.1998, Rec. 1998-III, 1042 ff. = ÖJZ 1999, 237 ff.

¹³⁵ Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 29.8.1997, Rec. 1997-V, 1534 ff. = ÖJZ 1998, 35 ff., insb. § 50.

Die neue Bundesverfassung bestätigt diese Rechtslage, die aufgrund der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz an sich schon besteht. In Art. 30 Abs. 3 BV werden die Gerichtsverhandlung und die Urteilsverkündung «öffentlich» erklärt. Zwar sind gesetzliche Ausnahmen möglich¹³⁶, aber gewiss nicht, um die Gerichte¹³⁷ ganz generell gegen Kritik abzusichern oder ihre Tätigkeit der öffentlichen Kontrolle zu entziehen. Die Unabhängige Beschwerdeinstanz bzw. die Gerichte verdienen nur Vertrauen, wenn sie Kritik an sich selber zulassen¹³⁸.

D. Schutz von Kindern und Jugendlichen

Art. 11 Abs. 1 BV auferlegt dem Gemeinwesen eine Schutzpflicht zugunsten der Kinder und Jugendlichen, indem diese den «besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit» beanspruchen können. Diese Bestimmung ist einerseits ein Individualrecht und andererseits ein Programmartikel, den Kinder- und Jugendschutz in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung zu bringen, auch in den privatrechtlichen Beziehungen. Die Bestimmung nimmt demnach Art. 35 Abs. 1 und 3 BV über die Verwirklichung der Grundrechte vorweg. Art. 11 Abs. 1 BV gibt dem Bund indessen keine Kompetenzen, die Medienfreiheit einzuschränken. Die Grundrechte ändern die bundesstaatliche Kompetenzverteilung nicht¹³⁹. Eine allfällige Zuständigkeit des Bundes muss sich aus dem 3. Titel der Verfassung ergeben. Hier bestehen für den Bereich des Filmwesens und von Radio und Fernsehen tatsächlich Zuständigkeiten des Bundes.

Das Filmwesen wird einerseits durch die Art. 16 und 21 BV und andererseits durch Art. 27 BV grundrechtlich geschützt. Werden Filme vom Fernsehen übertragen, so sind sie innerhalb des Art. 17 BV geschützt, der aber im Geiste der Kunstfreiheit des Art. 21 oder aber – wenn einem Film kein künstlerischer Gehalt zugesprochen wird – im Sinn des Art. 16 BV auszulegen ist. Gemäss Art. 71 BV kann der Bund Vorschriften u.a. über die «Qualität des Filmangebots» erlassen. Hier fragt es sich zunächst, ob eine Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 zulässig ist. Das ist zu bejahen, denn ausserhalb des Kompetenzkapitels über die «Wirtschaft» kennt die neue Bundesverfassung

¹³⁶ Insoweit wird eine Kerngehaltsgarantie durch die ausdrücklich erwähnte gesetzliche Einschränkungsmöglichkeit ausgeschlossen.

¹³⁷ Die UBI wird vom Bundesgericht als quasi-richterliches Organ behandelt, vgl. z.B. BGE 122 II 475 m.w.H.

¹³⁸ Vgl. ZELLER (Anm. 65), 134 m.H.

¹³⁹ Vgl. PIERRE TSCHANNEN, Eidgenössisches Organisationsrecht, Bern 1997, 107.

stillschweigende Abweichungen¹⁴⁰. Die Eröffnung von Kinos bedarf nach geltendem Recht einer bundesrechtlichen Bewilligung. Zusätzlich können die Kantone besondere Reglemente für Kinos erlassen oder die Filme einer Kontrollkommission vorlegen. Aus Gründen des Jugendschutzes lässt die Praxis diese generelle Vorzensur zu, allerdings dürfen nur Jugendliche vom Kinobesuch ausgeschlossen werden. Wichtige Stimmen in der Lehre hielten diese Vorzensur für verfassungswidrig¹⁴¹. In der Tat erreicht die Massnahme das Ziel des Kinder- und Jugendschutzes nicht mehr, nachdem im Fernsehen die entsprechenden Filme frei zugänglich sind. Die Art. 16 und 21 BV sind im Licht des Art. 10 EMRK auszulegen; die Vorzensur zum Schutz der Kinder und Jugendlichen ist daher nicht mehr notwendig und verletzt Art. 16 und 21 BV¹⁴².

Für den Bereich von Radio und Fernsehen verpflichtet Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 den nach Art. 93 BV zuständigen Bundesgesetzgeber, entsprechende Normen zu erlassen. Das grenzüberschreitende Radio und Fernsehen dürfte allerdings landesrechtliche Massnahmen illusorisch machen. Eine solche Regelung, die heute auch nicht besteht, wäre von vornherein im Sinne von Art. 170 BV unwirksam und muss demzufolge unterbleiben.

V. Medienfreiheit im Vorfeld von Abstimmungen

A. Medien im Verhältnis zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit

Die Wahl- und Abstimmungsfreiheit des Art. 34 Abs. 2 BV will für eine faire politische Auseinandersetzung vor Wahlen und Abstimmungen sorgen. Sie verpflichtet allerdings nicht nur die Behörden zu einem neutralen Verhalten, sondern unter Umständen können auch private Äusserungen in den Massenmedien die Wahl- und Abstimmungsfreiheit tangieren. Dann können die Be-

¹⁴⁰ Vgl. Botschaft, 275, im bisherigen Art. 27^{ter} Abs. 1 lit. b aBV war die Abweichung noch ausdrücklich erwähnt; im Rahmen der Nachführung hielt man diese Erwähnung aber ausserhalb des Kapitels «Wirtschaft» nicht mehr für erforderlich.

¹⁴¹ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Basel/Frankfurt a.M. 1994, Band II ad. N. 1900–1901, 1141 und MÜLLER (Anm. 3), 193 Anm. 53 halten die vorgängige Filmzensur für verfassungswidrig. Das Bundesgericht hatte die Frage in BGE 120 Ia 190 (192 f.) offengelassen.

¹⁴² Hier ist allerdings beizufügen, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte es akzeptiert, aus Gründen der öffentlichen Moral, Sittlichkeit und des Schutzes religiöser Anschauungen Medienäusserungen präventiv zu verhindern, vgl. Urteil Otto-Preminger-Institut Österreich vom 20.4.1994, Série A, Vol. 295-A = ÖJZ 1995, 154 ff., § 49 f. Im Urteil Wingrove gegen das Vereinigte Königreich vom 25.11.1996, Rec. 1996-V, 1937 ff. = ÖJZ 1997, 714 ff. hielt der Gerichtshof ein Verbot der Verbreitung für einen Film wegen Blasphemie als mit Art. 10 Abs. 2 EMRK vereinbar.

hörden zu Korrekturen verpflichtet sein¹⁴³. Im Bereich der elektronischen Medien ergibt sich nun im Zusammenwirken mit der Wahl- und Abstimmungsfreiheit eine besondere Konstellation.

Nach Art. 4 RTVG sind in Konkretisierung von Art. 93 Abs. 2 BV die Vielfalt der Ereignisse und Ansichten angemessen zum Ausdruck zu bringen (Abs. 1), Ansichten und Kommentare haben überdies als solche erkennbar zu sein (Abs. 2). Art. 4 RTVG hat eine besondere Tragweite, wenn Beiträge als eigentliche Wahl- oder Abstimmungssendungen kurz vor dem Urnengang ausgestrahlt werden. Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen hat Anforderungen an Radio- und Fernsehsendungen mit Bezug auf aktuelle politische Ereignisse entwickelt und diese richtigerweise auch an Hand der Wahl- und Abstimmungsfreiheit gemessen¹⁴⁴. Hier muss wie bei sonstigen Äusserungen Privater im Vorfeld von Abstimmungen¹⁴⁵ verhindert werden, dass «die öffentliche Meinungsbildung einseitig beeinflusst und damit das Abstimmungsergebnis entsprechend verfälscht wird»¹⁴⁶. Diese erhöhte Sorgfaltspflicht gilt nicht nur vor eigentlichen Wahl- und Abstimmungssendungen; sie erstreckt sich auf jede Ausstrahlung, die auf Wahlen oder Abstimmungen Bezug nimmt. Die Unabhängige Beschwerdeinstanz hatte folgendes festgehalten¹⁴⁷:

«Bei politischen Sendungen, die in einem thematischen Bezug zu Wahlen oder Abstimmungen stehen, folgt aus dem Vielfaltsgebot jedoch die Pflicht des Veranstalters zur Beachtung einer besonderen Sorgfalt bezüglich der Gestaltung der Sendung. Diese Sorgfaltspflicht ist unter Berücksichtigung von Konzeption und Wirkung der Sendung zu konkretisieren. Allgemein gilt jedoch, dass die verschärfte Sorgfaltspflicht umso strikter zu beachten ist, je ausgeprägter der Wahl- oder Abstimmungscharakter einer Sendung ist.»

Die Abstimmungs- und Wahlfreiheit entwickelt damit rundfunkrechtliche Fernwirkungen. Art. 4 RTVG ist im Grunde genommen das medienrechtliche Pendant zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit, wie sie das Bundesgericht entwickelt hat¹⁴⁸ und die heute als Art. 34 Abs. 2 BV in der Verfassung ausdrück-

¹⁴³ Vgl. PIERRE TSCHANNEN, Stimmrecht und politische Verständigung, Basel/Frankfurt a.M. 1995, 117 ff.

¹⁴⁴ Vgl. im einzelnen: LEO SCHÜRMAN/PETER NOBEL, Medienrecht, 2. Aufl., Bern 1993, 187 ff.; vgl. bereits BGE 98 Ia 82 f.

¹⁴⁵ Vgl. ANDREAS KLEY, Beeinträchtigungen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit durch Dritte (einschliesslich öffentliche Unternehmungen), AJP 1996, 286 ff.

¹⁴⁶ UBI vom 14.9.1988, VPB 1988/54 Nr. 15, 78.

¹⁴⁷ Entscheid der UBI vom 25.8.1995 b.297, VPB 1996 Nr. 84, 755; Entscheid der UBI vom 24.10.1996, b.327, VPB 1997 Nr. 69, 651; vgl. auch VPB 1990 Nr. 15, 78; MARTIN DUMMERMUTH, Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, Bern 1992, 382 f.

¹⁴⁸ Vgl. UBI vom 2.3.1990, VPB 1991 Nr. 38, 336 und UBI vom 14.9.1988, VPB 1990 Nr. 15, 78 wo auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit ausdrücklich Bezug genommen wird.

lich anerkannt ist. Freilich steht im Hintergrund stets auch die Programmautonomie, welche den Gestaltern einer Sendung einen gewissen Spielraum verschafft. Es verletzt weder die Konzession, noch die Wahl- und Abstimmungsfreiheit, wenn eine Person zu Wort kommt, die zwar eine bestimmte Ansicht zum Ausdruck bringt, diese aber dem Zuschauer zuvor als solche kenntlich gemacht worden ist (sog. Gebot der Erkennbarkeit der Ansichten)¹⁴⁹. Die Unabhängige Beschwerdeinstanz konkretisiert das Gebot der Erkennbarkeit von Ansichten und Kommentaren unter Zuhilfenahme des Begriffs der Transparenz¹⁵⁰. Das Publikum muss in der Lage sein, zwischen den subjektiven Auffassungen von Programmschaffenden und Auskunftspersonen sowie der Wiedergabe objektiver Fakten unterscheiden zu können. Das Gebot der Transparenz betrifft damit weniger den Wahrheitsgehalt von Aussagen als vielmehr die Fähigkeit des Publikums, den Inhalt einer Sendung zu würdigen und sich von darin erfolgten Aussagen ein eigenes Bild zu machen¹⁵¹. Allerdings hat die Rechtsprechung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz lediglich einen inhaltlichen Bezug zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit, denn die Unabhängige Beschwerdeinstanz kann nur RTVG- und Konzessionsverletzungen feststellen. Die abstimmungsrechtliche Beurteilung bleibt auf jeden Fall der Rechtsprechung des Bundesgerichts bzw. der obersten Bundesbehörden gesetzlich vorbehalten.

Im Bereich von Wahlen und Abstimmungen kondensieren zwei Gebote für die Medien miteinander: Zunächst einmal das Sachgerechtigkeitsgebot des Art. 93 Abs. 2 BV und des Art. 4 RTVG sowie das abstimmungsrechtliche Sachlichkeitsgebot, das bei jeder Medienäusserung im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen aus Art. 34 Abs. 2 BV zu beachten ist. Es handelt sich um ein Aufeinandertreffen zweier Pflichten. Dieser «verdichtete» Sachbezug auferlegt den Veranstaltern zusätzliche Schranken für Medienäusserungen.

B. Recht auf «politische» Antenne?

Die Parteien und politischen Gruppierungen haben kein «Recht auf politische Antenne», d.h. keine Privatperson und auch keine juristische Person oder Personenvereinigung hat einen Anspruch darauf, an einer Sendung von Radio und Fernsehen teilzunehmen oder kann verlangen, dass ein bestimmtes Thema behandelt oder eine Information verbreitet wird¹⁵². Entscheidet

¹⁴⁹ Vgl. UBI vom 2.3.1990, VPB 1991 Nr. 38, 338.

¹⁵⁰ Vgl. VPB 1995 Nr. 66.

¹⁵¹ Ähnl. Entscheid der UBI vom 24.10.1996, b. 327, VPB 1997 Nr. 69, 653; Vgl. auch den Entscheid der UBI vom 26.6.1998, b. 365, VPB 1998 Nr. 87, 899 über die Tagesschaubereichterstattung betreffend Stadtzürcher Wahlen.

¹⁵² Vgl. BGE 123 II 409, 119 Ib 171 und 248 f., VPB 1996 Nr. 84, 754; 1984 Nr. 71.

sich indessen ein Veranstalter für eine derartige Sendung, so ist er über Art. 4 Abs. 1 RTVG verpflichtet, über alle relevanten politischen Gruppierungen und Personen zu berichten. Einer Partei darf in einer Wahl- oder Abstimmungsperiode nicht jede Medienpräsenz versagt werden, während allen übrigen Parteien mit derselben Bedeutung diese Möglichkeit gewährt wird¹⁵³. Insofern besteht ein Anspruch auf «gleichmässigen» Beizug von Parteien zur Sendung. Das Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV verstärkt diesen Aspekt zusätzlich¹⁵⁴ und verlangt, dass eine Rechtsschutzmöglichkeit besteht¹⁵⁵.

V. Ausblick: Neue Medien- und Presseartikel

Seit Jahren bemühen sich verschiedene politische Richtungen um einen Presseförderungsartikel in der Bundesverfassung. Im Zuge der Nachführung ist ein solcher ebenfalls diskutiert und im Nationalrat abgelehnt worden¹⁵⁶. Schon der Bundesrat hatte Vorschläge abgelehnt, wonach die Medien als vierte Gewalt zu betrachten und in das System der Gewaltenteilung einzubeziehen seien. «Diese radikale Lösung hätte zahlreiche Probleme politisch-juristischer Art geschaffen, insbesondere weil die Medien im Unterschied zu den staatlichen Organen keine öffentliche Gewalt ausüben¹⁵⁷.» Nach der erfolgten Nachführung unternimmt nun die staatspolitische Kommission des Nationalrats erneut den Versuch, das Medienverfassungsrecht anzupassen¹⁵⁸. Danach soll dem Konzentrationsprozess im Medienwesen begegnet werden, um die Meinungsvielfalt als Grundpfeiler der Demokratie zu sichern.

Die Kommission schlägt drei neue Verfassungsartikel vor, nämlich zunächst einen neuen allgemeinen Art. 92^{bis} BV über die Medienpolitik¹⁵⁹:

«¹ Der Bund fördert im Bereich der Medien die Qualität journalistischer Arbeit, die berufliche Aus- und Weiterbildung und die Forschung.

¹⁵³ Vgl. BGE 97 I 733, VPB 1996 Nr. 84, 755 m.w.H.

¹⁵⁴ So auch BGE 123 II 409 betreffend Art. 14 EMRK.

¹⁵⁵ Diese wird durch die Beschwerde an das Departement sichergestellt, vgl. BGE 123 II 402 ff. (408).

¹⁵⁶ Siehe zur Vorgeschichte dieser Bemühungen mit Nachweisen: ZIMMERLI (Anm. 6), 22 f.

¹⁵⁷ Vgl. Botschaft, 158.

¹⁵⁸ Vgl. die Vernehmlassungsunterlagen gemäss BBl 1999 5317; Parlamentarische Initiative. Medien und Demokratie, Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 2. Juli 1999.

¹⁵⁹ Parlamentarische Initiative. Medien und Demokratie, Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 2. Juli 1999, 15: (Varianten weggelassen).

² Er kann Bestimmungen erlassen, welche die Verleger und Verlegerinnen und die Veranstalter und Veranstalterinnen verpflichten, die Beteiligungen an ihren Unternehmen offenzulegen.

³ Er kann eine Stelle schaffen, welche Beobachtungs- und Beurteilungsfunktionen wahrnimmt, oder diese Aufgaben einer geeigneten Stelle übertragen.»

Diese Bestimmung will als mögliche Massnahmen die Subventionierung von Nachrichtenagenturen, Pressediensten, Archiven und Datenbanken, günstigere Posttaxen für die Presse sowie die Förderung der Aus- und Weiterbildung der Medienschaffenden einrichten. Fraglich erscheint die Förderung der «Qualität der journalistischen Arbeit». Wer ist in der Lage, objektiv die Qualität der journalistischen Arbeit zu beurteilen, wenn es um die politische Berichterstattung geht? Es liegt auf der Hand, dass mit jeder Qualitätsbeurteilung notwendigerweise Konflikte verbunden sind. Es ist wesentlich, dass die Medienfreiheit des Art. 17 Abs. 1 BV auch «minderwertige» (was immer das auch ist) Qualität schützt. Der Staat sollte in diesem Bereich nicht ordnend und beurteilend eingreifen. Die reinen Förderungsmassnahmen sind unbedenklich, wenn sie zur Stützung der Meinungsvielfalt eingesetzt werden. Die Offenlegung der Beteiligungen an Medienunternehmen trägt zur Transparenz bei. Es ist indessen fraglich, ob es sich lohnt, dafür einen speziellen Verfassungsartikel zu schaffen, nachdem bei den grossen Medien diese Beteiligungen ohnehin bekannt sind.

Der vorgeschlagene zweite Art. 92^{ter} über die Presse bestimmt¹⁶⁰:

«¹ Der Bund fördert die Vielfalt und die Unabhängigkeit der Presse.

² Er kann Bestimmungen erlassen, welche:

- a. die Verbreitung von Presseerzeugnissen fördern;
- b. die Informations- und Meinungsvielfalt schützen, wenn sie durch Vormachtstellungen bedroht ist.

³ Zur Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Privaten im Bereiche der Presse kann ein Mediationsorgan schaffen oder dessen Aufgaben an eine geeignete Stelle übertragen.»

Die Förderung der Meinungsvielfalt ist auch vom Bundesgericht als legitimes öffentliches Interesse akzeptiert worden¹⁶¹. Hier bestehen für die Presse geringe Gefahren, wenn nur immer diese Förderung nach sachlichen Gesichtspunkten erfolgt. Um einiges fragwürdiger ist der Absatz 2 lit. b¹⁶²: Wann

¹⁶⁰ Parlamentarische Initiative. Medien und Demokratie, Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 2. Juli 1999, 15: (Varianten weggelassen).

¹⁶¹ Vgl. BGE 120 Ib 145 f.

¹⁶² Der in einer Variante der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates gestrichen wird, vgl. Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 2. Juli 1999, 16.

liegt eine Vormachtstellung vor und welche politische Richtung entscheidet über das Vorhandensein dieser Stellung? Das in Abs. 3 vorgeschlagene Mediationsorgan könnte viele Streitigkeiten zwischen Presseunternehmen und Dritten auffangen und schlichten. Bei der ausländischen Presse sind freiwillige «Ombudsmänner» bekannt, die wertvolle Dienste leisten. Umgekehrt würde die Pressefreiheit von einem Organ, das nach dem Vorbild der Unabhängigen Beschwerdeinstanz konzipiert wäre, direkt bedroht, wenn dieses verbindliche Entscheide treffen könnte, falls ein Presseartikel «unsachlich» oder «nicht sachgerecht» ist. Denn es bleibt entscheidend, dass die Medienfreiheit das Recht gibt, einseitige, unsachliche, übertriebene und polemische Äusserungen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die Demokratie lebt förmlich vom Pluralismus «unsachlicher» Meinungsäusserungen, denn es wird vorausgesetzt, dass der Bürger in der Lage ist, unter der Meinungsvielfalt vernünftig auszuwählen¹⁶³. Der diskutierte «Medienrat», der die Entwicklung der Lage im Bereich der Medien verfolgen und beurteilen soll, ist als beratendes Organ vorstellbar und hinsichtlich Art. 17 BV unbedenklich.

Wertvoll erweist sich der dritte Verfassungsartikel, der als Art. 147^{bis} für die Verwaltung das *Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimnisvorbehalt* als Grundsatz verankert¹⁶⁴:

«Die Bundesbehörden informieren die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit und gewähren allen Personen Zugang zu Informationen, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.»

Diese Vorschrift hätte eine grosse Bedeutung; sie würde die demokratische Kontrolle der Verwaltung mittels der Medien verstärken. Die verbesserte Transparenz der Politik und der Verwaltung bildet Vertrauen. Zusammen mit der Informationsfreiheit ergeben sich hier grundrechtliche Ansprüche der Medien und der Medienschaffenden auf die Erteilung von Informationen seitens der Verwaltung¹⁶⁵. Der vorgeschlagene Artikel widerspricht allerdings Art. 180 Abs. 2 BV, der den Umfang der Information in das Ermessen des Bundesrates legt. Er hätte richtigerweise bei Art. 180 Abs. 2 BV eingefügt werden müssen, nachdem bei der Nachführung die Diskussion über das Öffentlichkeitsprinzip dort geführt worden ist¹⁶⁶.

¹⁶³ So BGE 98 Ia 73 ff. (80).

¹⁶⁴ Parlamentarische Initiative. Medien und Demokratie, Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 2. Juli 1999, 15.

¹⁶⁵ Vgl. oben Abschnitt II.D.

¹⁶⁶ Vgl. Botschaft, 412.

VII. Zusammenfassung

1. Art. 16 BV garantiert die Meinungsfreiheit als Grundtatbestand. Die Medienfreiheit des Art. 17 Abs. 1 BV, die Wissenschafts- und Kunstfreiheit der Art. 20 und 21 BV sind spezielle Ausprägungen der Meinungsfreiheit.
2. Im Hinblick auf Schranken und Güterabwägung gelten für die Grundrechte der Art. 16, 17, 20 und 21 BV dieselben Prinzipien; je nach Sachlage gelten diese Prinzipien für weitere kommunikationsrelevante Freiheitsrechte. Diese allgemeinen und einheitlichen Prinzipien sind: die Voraussetzungen für Einschränkungen, das allgemeine Verbot der Vorzensur als Kerngehaltsgarantie sowie die Informationsfreiheit.
3. Der schweizerische Verfassungsgeber hat sich beim Erlass des neuen Grundrechtskataloges an der europäischen Menschenrechtskonvention und der darauf basierenden internationalen Rechtsprechung orientiert. Die Medienfreiheit ist als Teilaspekt des Art. 10 EMRK im Licht dieser Rechtsprechung auszulegen. Die neue Bundesverfassung übernimmt damit die liberale Haltung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in der Konkretisierung der Medien- und Meinungsfreiheit.
4. Die Pressefreiheit schützt das Recht, eine Meinung ohne Beeinträchtigung seitens des Staates durch das Mittel von Druckerzeugnissen zu äussern und zu verbreiten. Die Freiheit von Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen schützt jede auf diesem Wege vermittelte Meinungsäusserung und Information.
5. Die Informationsfreiheit ergibt in bezug auf Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündungen gemäss Art. 30 Abs. 3 BV Ansprüche auf Informationsverschaffung. Namentlich ist es den Gerichten untersagt, ein allgemeines Berichterstattungsverbot für ihre Prozesse durchzusetzen. Die Gerichtsbarkeit verdient nur insoweit das Vertrauen der Öffentlichkeit, als sie Kritik grundsätzlich ermöglicht und zulässt.
6. Das Redaktionsgeheimnis des Art. 17 Abs. 3 BV schützt generell die von den Medienschaffenden benutzten Informationsquellen vor der Preisgabe an eine staatliche Behörde. In prozessualer Hinsicht äussert sich das Redaktionsgeheimnis als Zeugnisverweigerungsrecht der Journalisten.
7. Art. 17 BV verbietet es, dass eine journalistische Kritik an Produkten und Dienstleistungen von Unternehmen mit straf- und zivilrechtlichen Verfahren sanktioniert wird. Eine solche Sanktionierung ist höchstens gegen eine rein wirtschaftlich motivierte Medienverlautbarung möglich.
8. Auch im Vorfeld von Abstimmungen gilt grundsätzlich die Medienfreiheit. Bei Radio und Fernsehen gilt allerdings die Pflicht zu sachlicher Berichterstattung wegen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit des Art. 34 Abs. 2 BV strikter.

9. Im Zuge einer Reform des Medienverfassungsrechts ist eine Kontrolle der Presse analog zu jener der elektronischen Medien mittels Beschwerde grundsätzlich abzulehnen. Dagegen gäbe die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips den Medienschaffenden im Zusammenhang mit der Informationsfreiheit grundrechtlich geschützte Informationsansprüche. Das Öffentlichkeitsprinzip würde Transparenz und damit letztlich auch eine Stärkung demokratischer Vorstellungen bewirken.