

ter verbunden. Auf der andern Seite hatte das Paar aber bereits früher 20 Monate freiwillig in Neuseeland gelebt, was für das Bundesgericht wohl besonders stark ins Gewicht fiel.

Trotz entsprechender Rüge fehlt im Lausanner Urteil eine sorgfältige Würdigung des Falles unter dem Gesichtspunkt des Diskriminierungsverbots. Festzustellen, dass wegen des Diskriminierungsverbotes gleichgeschlechtlichen Paaren ähnlich wie Ehepartnern die grundsätzliche Möglichkeit gewährt werden müsse, aus Art. 8 EMRK einen Bewilligungsanspruch abzuleiten (E. 4c/aa), genügt ebenso wenig wie der Hinweis darauf, dass das Institut der Ehe solchen Paaren nicht zur Verfügung steht, um zu erklären, warum heterosexuelle schweizerische Staatsangehörige ohne weiteres ihre ausländischen Partner und Partnerinnen in die Schweiz holen dürfen, homosexuelle Schweizerinnen und Schweizer aber nicht. Das Berner Verwaltungsgericht, welches einen ähnlichen Fall ausführlich in Hinblick auf eine Verletzung des Diskriminierungsverbots prüfte, hat kürzlich treffend ausgeführt, wohl treffe es zu, dass primär der Gesetzgeber die Rechtsstellung solcher Menschen zu bestimmen habe. Dadurch würden die Behörden aber nicht der Pflicht enthoben, ihr Ermessen gemäss Art. 4 ANAG diskriminierungsfrei auszuüben, da es hier nicht um Rechtsetzung, sondern um Rechtsanwendung gehe⁴⁹. Das bedeutet nicht, gleichgeschlechtlichen Paaren ein absolutes Recht auf eine Bewilligung einzuräumen, hilft aber, zu verhindern, dass Gesuche solcher Personen an latenten Vorurteilen scheitern.

BGE 126 II 329 befasst sich mit dem Gesuch um Nachzug einer Tochter, die bei ihrer Grossmutter lebt, während die Eltern zusammen mit den andern Kinder ihren Wohnsitz in der Schweiz haben. Mit überzeugender Begründung führt das Bundesgericht aus, in solchen Fällen sei der Anspruch auf Familiennachzug viel stärker als bei geschiedenen oder getrennt lebenden Eltern mit einem Elternteil im Ausland.

In BGE 126 II 335 erklärt das Bundesgericht, dass anerkannte Flüchtlinge, denen das Asyl verweigert wurde und die deshalb vorläufig aufgenommen wurden, keinen direkten Anspruch aus Art. 8 EMRK auf Familiennachzug haben. Ihr Familiennachzug ist spezialgesetzlich in Art. 51 Abs. 5 Asylgesetz geregelt und auf der Basis dieser Bestimmung zu entscheiden, wobei das Bundesamt für Flüchtlin-

49 Unpublizierter Entscheid des Berner Verwaltungsgerichts vom 12.11.2001, Nr. 21181U E. 4c S. 24.

ge und die Asylrekurskommission als Beschwerdeinstanz den Gehalt von Art. 8 EMRK mitberücksichtigen müssen.

In BGE 127 II 60 klärt das Bundesgericht schliesslich eine bisher offen gelassene Frage: Es bejaht einen bedingten Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung einer Frau, welche sich im Anschluss an eine strafrechtliche Verurteilung eines niedergelassenen Ausländers, der nach dem Strafvollzug ausreisen muss, zwar nicht mehr auf das Anwesenheitsrecht des Ehegatten, wohl aber auf jenes des gemeinsamen Kindes berufen kann. Ist das Kind in die Niederlassungsbewilligung einbezogen worden, erlischt diese auch dann nicht, wenn sie dem Vater entzogen wird. Die Mutter hat grundsätzlich das Recht, mit dem Kind zusammen in der Schweiz zu leben, was ihr den Weg zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde öffnet. Allerdings muss im Sinn von Art. 8 Abs. 2 EMRK entschieden werden, ob es zulässige Gründe für die Verweigerung der Bewilligung gibt, was im konkreten Fall v.a. angesichts der Tatsache, dass der Knabe im Zeitpunkt der Bewilligungsverweigerung weniger als fünf Jahre alt war, bejaht wird.

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) (AK)

In BGE 126 I 122 ff. äussert sich das Bundesgericht in grundlegender Weise über den persönlichen Geltungsbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit⁵⁰. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit erstreckte sich nach der alten Bundesverfassung nicht auf juristische Personen⁵¹, es sei denn, diese verfolgten nach ihren Statuten ein religiöses oder kirchliches Ziel⁵². Deshalb konnten die kantonalen Steu-

50 Dieses Urteil habe ich ausführlicher besprochen: ANDREAS KLEY, Das Religionsrecht nach der alten und neuen Bundesverfassung, in: RENÉ PAHUD DE MORTANGES (Hrsg.), Das Religionsrecht der neuen Bundesverfassung, Fribourg 2001, 9 ff. Siehe auch dazu: URS JOSEF CAVELTI, Kultussteuern, Kultusbudgets und nachgeführte Bundesverfassung, in: RENÉ PAHUD DE MORTANGES (Hrsg.), Das Religionsrecht der neuen Bundesverfassung, Fribourg 2001, 51 ff.

51 Vgl. BGE 4, 533; 35 I 333; BGr. vom 25.5.1940, in: ZBI 1940, 358 ff.; BGE 95 I 350, 102 Ia 468, bestätigt von der Europäischen Menschenrechtskommission, vgl. Beschwerde Nr. 7865/77, X. AG gegen die Schweiz, DR 16, 85 = VPB 47 (1983) Nr. 190; BGE 107 Ia 128; BGE 126 I 122 ff. (126 ff.).

52 Vgl. BGE 97 I 227, 118 Ia 52.

ergesetzgeber den juristischen Personen Kirchensteuern auferlegen, ohne dass diese die Möglichkeit hatten, sich von dieser Pflicht durch Austritt aus den öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen zu befreien. In den parlamentarischen Beratungen zu Art. 15 BV wollte man von dieser Rechtslage nicht abweichen, obwohl die Lehre diese Rechtsprechung mit guten Gründen kritisierte⁵³. Die Grundrechte verkörpern grundlegende und allgemeine Rechtsprinzipien, die insofern jedem Rechtssubjekt und auch den juristischen Personen zustehen, soweit Grundrechte nicht die menschliche Person voraussetzen («ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind», Art. 19 Abs. 3 deutsches Grundgesetz). Von daher ist es offensichtlich, dass das Recht auf Leben und die persönliche Freiheit (Art. 10) oder das Recht auf Ehe und Familie (Art. 14) in keinem Fall auf juristische Personen anwendbar sind.

Das Postulat einer möglichst breiten Grundrechtsträgerschaft soll gerade auch in Bezug auf die juristischen Personen verwirklicht werden. Wenn diese schon Träger ideeller Grundrechte wie der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) sind, so müssen sie auch vom persönlichen Geltungsbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) erfasst werden. Daher ist die vom Bundesgericht in diesem Fall bemühte Durchgriffslehre abzulehnen⁵⁴. Danach entscheidet sich die Frage der Grundrechtsträgerschaft auf die hinter einer juristischen Person befindlichen natürlichen Personen. Der Durchgriff mag in haftungsrechtlichen Fragen zweckmässig sein, für die Frage des Anwendungsbereichs der Grundrechte ist er untauglich, da er beliebig vorgenommen oder – wie durch das Bundesgericht im Falle der Glaubens- und Gewissensfreiheit – verweigert werden kann. Die Grundrechte gelten infolge ihres allgemeinen Charakters generell und dürfen nicht beliebigem Argumentieren ausgesetzt werden.

53 Vgl. ULRICH HÄFELIN, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Bern/Zürich 1987 ff. (Loseblatt), N. 118 zu Art. 49 aBV; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, 99 ff.; ANDREAS KLEY, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung – ausgewählte Neuerungen, ZBJV 1999, 301–347, insb. 337; PETER KARLEN, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Diss. Zürich 1988, 361 ff. Siehe die tradierten Gegenmeinungen bei: LOUIS CARLEN (Hrsg.), Die Kirchensteuerpflicht juristischer Personen in der Schweiz, Fribourg 1989.

54 Vgl. KLAUS STERN, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988, 1088, 1117 f.

Schon aus diesen Gründen müssen sich die juristischen Personen auf Art. 15 BV berufen können.

Der Text der neuen Bundesverfassung ist mehrdeutig. Die Absätze 2 und 3 von Art. 15 BV sprechen von «Personen» als Berechtigten. Bei dieser Wortwahl ist die (umstrittene) Ansicht vertreten worden, der Personenbegriff der neuen Bundesverfassung erfasse sowohl natürliche als auch juristische Personen⁵⁵. Danach würde sich die positive Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 Abs. 2 und 3 BV auf die natürlichen und *juristischen* Personen beziehen. Art. 15 Abs. 4 BV verwendet bei der negativen Glaubens- und Gewissensfreiheit den Ausdruck «Niemand»⁵⁶, der an sich für natürliche und juristische Personen verwendet werden kann. Wenn sich die Abs. 2 und 3 schon auf die juristischen Personen beziehen, so müsste sich auch die offene Formulierung von Abs. 4 («Niemand») gleichermaßen auf die juristischen Personen erstrecken. Das Postulat einer grundrechtlich motivierten Abschaffung der Kirchensteuerpflicht juristischer Personen erhält Unterstützung durch die mehrdeutige Verwendung des Personenbegriffs. Das Bundesgericht liess sich indes davon nicht überzeugen und beharrte auf der Fortführung der bisherigen Praxis, da kein Anlass zu deren Änderung bestehe. Die tradierte Ordnung bleibt aufrechterhalten⁵⁷.

In BGE 126 I 133 E. 3 S. 137 sieht das Bundesgericht in der Verteilung von Testbogen und Handzetteln der «Scientology Kirche Zürich» keine religiöse Handlung. Zwar sei der Inhalt der verteilten Schriften an sich nicht kommerzieller Natur, doch werde damit das Ziel verfolgt, den interessierten Passanten anschliessend weitere Güter und Dienstleistungen entgeltlich anzubieten. Diese Handlungen

55 So YVO HANGARTNER, Der Entwurf einer nachgeführten Bundesverfassung, AJP 1997, 139 ff., 148; RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000. Eine Einführung, Basel 2000, 104 f. mit gewissen Relativierungen.

56 Die Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff., 156 will die Glaubens- und Gewissensfreiheit weiterhin bloss den natürlichen Personen (mit den Ausnahmen) zusprechen. Die parlamentarischen Beratungen haben daran nichts geändert, vgl. Votum von Berichterstatter Inderkum, Amtl.Bull. S 1998, 40. Im Nationalrat wurde die Frage gar nicht diskutiert, vgl. Amtl.Bull. N 1998, 850.

57 Dazu gehören etwa die finanziellen Auswirkungen, vgl. BGE 126 I 122 E. 5e S. 132 oder die Tatsache, dass drei Kantonsverfassungen, die eine Kirchensteuerpflicht juristischer Personen vorsehen, die Gewährleistung durch die Bundesversammlung erteilt wurde, vgl. BGE 126 I 122 E. 5d/aa S. 130 f.

seien insgesamt als wirtschaftlich motiviert zu betrachten und nach den hierfür geltenden Regeln zu behandeln. Der Entscheid ist deshalb richtig, weil ansonsten der sachliche Geltungsbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit ausufern und sich in jedes erdenkliche ideelle Gebiet erstrecken würde⁵⁸. Dazu kommt, dass die entsprechende Handlung durch diese Zuweisung nicht einem grundrechtlichen Schutz entzogen wird.

VI. Grundrechte freier Kommunikation (Art. 16–18, 20–23 BV) (AK)

1. Informationsfreiheit

Gemäss Art. 16 Abs. 3 BV steht jeder Person das Recht zu, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten. Inwiefern sich dieses Grundrecht der *Informationsfreiheit* auf die Voraussetzungen zur Einsicht in das Grundbuch auswirkt, erwähnt das Bundesgericht in BGE 126 III 512⁵⁹.

Der Journalist A. ersuchte im Zuge von Recherchen über das Immobilienunternehmen X. AG die zuständige Bezirksschreiberei um Bekanntgabe der Liegenschaften, die diese Gesellschaft, ihr Verwaltungsrat Y. oder ihr Prokurist Z. im letzten Jahr im betroffenen Amtsgebiet erworben hätten. Die Bezirksschreiberei wies das Gesuch ab mit der Begründung, sie sei aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht befugt, pauschale Suchanfragen zu beantworten. Nur wenn eine konkrete Parzelle oder die Adresse eines Objektes angegeben werde, könne sie die Eigentümerschaft nennen.

Das Bundesgericht führt aus, nach der am 1. Januar 1994 in Kraft gesetzten Teilrevision des Immobiliarsachenrechts bleibe zwar die Öffentlichkeit des Grundbuchs in verschiedener Hinsicht eingeschränkt. Insbesondere lasse Art. 970 Abs. 2 ZGB den Anspruch auf

⁵⁸ Wenngleich von einem weiten sachlichen Schutzbereich von Art. 15 BV auszugehen ist, vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, 82 f.

⁵⁹ Siehe auch die Besprechung: ANDREAS KLEY/RETO FELLER, Grundrechte, in: Aktuelle Anwaltspraxis 2001, Bern 2002, 333 ff. (346 f.).

Einsicht oder auf einen Auszug nach wie vor vom Glaubhaftmachen eines (schutzwürdigen und vorgehenden) Interesses abhängen. Doch habe der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass es im öffentlichen Interesse (Bekämpfung der Bodenspekulation) liege, wenn ein Grossteil der Angaben über die Eigentumsverhältnisse an Grundstücken transparent ist. Diesem Umstand sei insbesondere bei der Interessenabwägung Rechnung zu tragen. Schliesslich anerkennt das Bundesgericht, dass die Informationsfreiheit des Art. 16 Abs. 3 BV zu beachten sei, soweit es um «allgemein zugängliche» Informationen gehe.

Das von A. vorgebrachte Auskunftsinteresse sei im Sinne von Art. 970 Abs. 2 ZGB als glaubhaft zu betrachten, zumal es auch in hinreichend engem Zusammenhang mit dem durch die Teilrevision des Gesetzes angestrebten Zweck der Verbesserung der Transparenz auf dem Grundstückmarkt und Erschwerung der Bodenspekulation stehe. Im Rahmen seiner üblichen Berufstätigkeit habe A. Indizien genannt, die darauf hindeuteten, dass die X. AG Spekulationsgeschäfte tätige. Das Aufzeigen derartigen spekulativen Verhaltens entspreche einem öffentlichen Bedürfnis.

Im genannten Entscheid vom 6. Oktober 2000 beurteilt das Bundesgericht die eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde hauptsächlich mit Blick auf die Art. 970 und 970a ZGB. Immerhin stellte es mit der Formulierung, dass die Informationsfreiheit des Art. 16 Abs. 3 BV dann zu beachten sei, sobald es um «allgemein zugängliche» Informationen gehe, in Aussicht, einen direkten grundrechtlichen Einsichtsanspruch anzuerkennen. Mit der Frage, welche grundbuchlichen Informationen als «allgemein zugänglich» im Sinne von Art. 16 Abs. 3 BV zu qualifizieren sind, hat sich das Bundesgericht (noch) nicht beschäftigt. Eine entsprechende Klärung sollte in BGE 127 I 145 ff. erfolgen.

Gemäss Sachverhalt von BGE 127 I 145 ff. ersuchte der Journalist und Historiker Willi Wottreng das Zürcher Obergericht um Einsicht in die Archivakten betreffend den 1981 verstorbenen Gründer der Hell's Angels Switzerland, Martin «Tino» Schippert, der früher mehrmals vor Gericht gestanden hatte⁶⁰. Wottreng beabsichtigte die Publikation einer Biographie über «Tino» und hoffte mittels dieser Quellen auf weitere Informationen zu stossen. Der Fall berührt

⁶⁰ Vgl. die ausführlichere Darstellung von mir in: Medialex 2001, 238–240.

die Meinungs-, Medien- und vor allem die Informationsfreiheit. Bei Art. 16 Abs. 3 BV bestimmt sich gemäss Bundesgericht der Inhalt des Ausdrucks «allgemein zugängliche Quellen» nicht aus der Verfassung und den Wertungen des Bundesgerichts, sondern «weitgehend nach der entsprechenden Umschreibung und Wertung durch Verfassungs- und Gesetzgeber». Dieser hat es in der Hand, durch Archiv- und Öffentlichkeitsgesetze festzulegen, ob bestimmte Quellen generell als «öffentlich» oder «nicht öffentlich» gelten. Damit hat das Bundesgericht die entsprechende Kritik zurückgewiesen⁶¹.

Das Urteil steht indes im Vorfeld um die Bemühungen für ein Bundesgesetz über die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips. Nachdem im März 2001 das Vernehmlassungsverfahren einen grundsätzlich positiven Ausgang nahm, bereitet das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement – nun allerdings mit einem verzögerten Zeitplan – eine entsprechende Botschaft für ein Öffentlichkeitsgesetz vor⁶². Wenn der Bund das Öffentlichkeitsprinzip für die eigene Verwaltung gesetzlich einführen sollte, so wird sich die Bedeutung des Art. 16 Abs. 3 BV grundlegend ändern. Ohne dass ein Informationsinteresse ein subjektives und schutzwürdiges Interesse nachweisen muss, bestünde ein Einsichtsrecht. Es dürfte nur beschränkt werden, wenn überwiegende öffentliche und private Interessen entgegenstehen⁶³.

In den Kantonen laufen auch entsprechende Bestrebungen. Die Kantone Bern (Art. 17 Abs. 3 KV/BE)⁶⁴ und Solothurn (Art. 11 Abs. 3 und Art. 63 Abs. 1 KV/SO)⁶⁵ haben das Öffentlichkeitsprinzip eingeführt. Der dargestellte Fall ereignete sich im Kanton Zürich. Dort gilt noch immer das Geheimhaltungsprinzip, so dass über Art. 16 Abs. 3 BV nicht zum verlangten Einsichtsrecht zu gelangen war. Die Ein-

61 Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, 282 ff., 294 ff. m.w.H.

62 Vgl. Patrick SUTTER, Der Bundesbehörden bald letztes kafkaeskes Schloss, AJP 2002, 294 ff. (298).

63 Hier ist auch darauf hinzuweisen, dass viele Staaten und seit dem 3.12.2001 auch die Europäische Union ein umfassendes Öffentlichkeitsprinzip kennen, vgl. Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlamentes, des Rates und der Kommission vom 30.5.2001, vgl. SUTTER (vorstehende Fn.), 295 f.

64 Allerdings ist die Praxis bei der Gewährleistung von Akteneinsicht zu restriktiv, vgl. ANDREAS KLEY, Kommentierung des Urteils vom 28.7.1999 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Medialex 1999, 236 ff. (238).

65 Volksabstimmung vom 2.12.2001, vgl. dazu SUTTER (vorstehende Fn.), 297.

führung des Öffentlichkeitsprinzips ist auch in Zürich geplant. Offenbar bewog diese geänderte politische Beurteilung des Öffentlichkeitsprinzips das Bundesgericht, dem Beschwerdeführer Tipps für die Einreichung eines zweiten Gesuchs an das Obergericht zu geben. Wottreng machte davon Gebrauch, das Obergericht gewährte ihm im zweiten Verfahren das angebotene Einsichtsrecht. Das Buch über «Tino» erschien dann am 21. März 2002⁶⁶.

Das Bundesgericht entschied im selben Urteil (BGE 127 I 145 ff.), dass der nach Art. 16 Abs. 3 BV unmögliche Informationszugang nicht mit der *Wissenschaftsfreiheit* des Art. 20 BV überspielt werden könne. Zwar soll nach dem Bundesgericht der Begriff des wissenschaftlichen Interesses weit ausgelegt werden. Im Hinblick auf Art. 20 BV würden darunter sowohl natur- als auch geisteswissenschaftliche und historische Forschungen gezählt. Bei den Geistes- und historischen Wissenschaften müsse freilich ein spezifischer Forschungsansatz vorliegen, der über Art. 20 BV Einsicht in Akten und Archive gebiete. Das Bundesgericht sah diese Voraussetzung als nicht erfüllt an (E. 4d/bb).

2. «Formvorbehalt» zur Meinungs- und Medienfreiheit

Das Bundesgericht verwendet bei der *Meinungs- und Medienfreiheit* (Art. 16 und 17 Abs. 1 BV) einen sog. «Formvorbehalt»⁶⁷. Das gestattet es dem Gericht, eine Kritik in einem Medium an sich zuzulassen, aber umgekehrt die «Art und Weise» dieser Kritik für unzulässig zu erklären⁶⁸. 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

66 WILLI WOTTRENG, Tino – König des Untergrundes. Die wilden Jahre der Halbstarren und Rocker. Orell-Füssli-Verlag 2002. Siehe dazu die Rezension, die auch den zeitgeschichtlichen Aspekt hervorhob, THOMAS RIBI, Lebensspuren eines Bürgerschrecks, in: NZZ vom 17.4.2002, Nr. 88, S. 47.

67 Vgl. dazu ANDREAS KLEY, Die Medien im neuen Verfassungsrecht, in: ULRICH ZIMMERLI (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, BTJP 1999, Bern 2000, 183 ff., insb. 187–190; ANDREAS KLEY/RETO FELLER, Grundrechte, in: Aktuelle Anwaltspraxis 2001, Bern 2002, 333 ff. (347 f.).

68 In der nicht veröffentlichten E. 3a von BGE 124 III 72.

für Menschenrechte (EGMR) vertritt eine gegenteilige Auffassung. Danach schützt Art. 10 Abs. 1 EMRK «nicht nur den Inhalt der zum Ausdruck gebrachten Ideen und Nachrichten, sondern auch die *Form*, in der sie mitgeteilt werden»⁶⁹. Das Bundesgericht lässt sich indessen von Strassburg nicht «beirren». Es fährt mit seiner Rechtsprechung zum Formvorbehalt fort, indem es am 22. November 2000 eine Entscheidung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) bestätigt. Die UBI hatte der Veranstalterin vorgeworfen, die in ihrer Sendung angebrachte Kritik an der Schweiz zur Zeit des Zweiten Weltkriegs würde sich nicht auf den Inhalt («contenue»), sondern allein «sur la façon dont ladite émission a présenté aux téléspectateurs l'attitude de la Suisse durant la Seconde Guerre mondiale»⁷⁰ beziehen. Diese Form der Kritik sei nicht im Sinne von Art. 4 RTVG sachgerecht. Mit diesem Formvorbehalt zur Meinungs- und Medienfreiheit belässt das Bundesgericht ein Einfallstor für unverhältnismässige und auch inhaltliche Beschränkungen.

3. Werbeverbote und -beschränkungen

Gemäss Art. 15 Abs. 5 RTVG ist den elektronischen Medien, Radio und Fernsehen, religiöse und politische Werbung ebenso wie Werbung für alkoholische Getränke und Tabak verboten. Der Verein gegen Tierfabriken ersuchte die Publisuisse SA um die Ausstrahlung eines Werbespots gegen Fleischkonsum. Diese und die angerufenen Aufsichts- und Rechtsmittelinstanzen lehnten die Ausstrahlung des Spots ab. Das Bundesgericht hält das Werbeverbot als solches wie auch die Ablehnung des Ausstrahlungsgesuches nicht für konventionswidrig (BGE 123 II 402). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte urteilt am 28.6.2001 anders und stellt eine Verletzung der Meinungsfreiheit des Art. 10 Abs. 1 EMRK fest⁷¹. Er hielt dieses Werbeverbot für politische Aussagen deshalb für unnötig, weil

69 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.

70 Urteil vom 21.11.2000, Proz. Nr. 2A.12+13 (2000) E. 7c und 8c, nicht in der amtlichen Sammlung.

71 VgT c. Suisse, Nr. 24699/94, VPB 2001 IV Nr. 119.

das Verbot für die Printmedien nicht gilt. Denn diese zwischen elektronischen und Printmedien differenzierende Gesetzgebung deutete darauf hin, dass kein «besoin particulièrement impérieux» bestehe⁷². Tatsächlich greift hier der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einen wunden Punkt der schweizerischen Gesetzgebung auf; die partikulären Werbeverbote für die elektronischen Medien können jedenfalls nicht mit dem grossen Einfluss dieser Medien gerechtfertigt werden. Wenn die von Art. 18 Abs. 5 RTVG verbotene Werbung sozial schädlich oder gefährlich ist, so muss sie generell verboten werden. Das Bundesgericht lehnt das Revisionsgesuch des VgT in der Folge ab, da die angebehrte Ausstrahlung ausserhalb des revidierbaren Entscheids liege⁷³. In der Zwischenzeit ist die Publisuisse SA erneut mit dem Spot konfrontiert worden; der Fall scheint damit eine Fortsetzung zu finden.

Mit Urteil vom 16.8.2001⁷⁴ verwirft das Bundesgericht eine im Hinblick auf Art. 17 BV verfassungskonforme Auslegung von Art. 3 lit. a des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG). Ein Journalist der «Weltwoche» kritisierte in mehreren Artikeln den Unternehmer Adrian Gasser. Beurteilt wurde die UWG-Bestrafung des Journalisten wegen unrichtiger und irreführender Äusserungen im Rahmen der Medienberichterstattung über ein die Öffentlichkeit interessierendes Thema. Das Bundesgericht hält eine auf Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. a UWG gestützte Bestrafung für zulässig, wenn «die Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsstellung der Betroffenen» besteht; ein nachgewiesener Schaden ist indessen nicht erforderlich. Der Beschwerdeführer machte unter anderem geltend, der vorliegende Fall sei an den Erwägungen des EGMR zum Fall Hertel I⁷⁵ zu messen. Das Bundesgericht verwirft diesen Hinweis apodiktisch. Denn nach der Ablehnung des Revisionsgesuchs des Beschwerdeführers Hertel⁷⁶ hatte sich dieser erneut beim EGMR

72 Urteil vom 28.6.2001 VgT c. Suisse, Nr. 24699/94, VPB 2001 IV Nr. 119, Ziff. 74.

73 Urteil vom 29.4.2002, 2A.526/2001 (nicht amtlich publiziert).

74 Proz. Nr. 6S.858/1999, nicht in der amtlichen Sammlung.

75 Vgl. BGE 120 II 76 und EGMR i.S. Hertel c. Schweiz, Rep. 1998-VI, 2298.

76 Vgl. BGE 125 III 185 und dazu kritisch: JÖRG PAUL MÜLLER/MARTIN LOOSER, Zum Verhältnis von Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit im Verfassungsrecht des Bundes und in der EMRK, *Medialex* 2000, 13 ff. (22 Fn. 60); siehe auch die Kommentierung dieses Urteils von FRANZ WERRO, *Medialex* 1999, 101 f.

beschwert. Dieses Verfahren Hertel II «drohte» dem Bundesgericht bis zum 17.1.2002, als zur Überraschung vieler die damit befasste Kammer des EGMR das Verfahren mit einem Unzulässigkeitsentscheid beendete⁷⁷.

Das Bundesgericht kann damit an seiner umstrittenen Praxis zu Art. 3 lit. a UWG festhalten. Das ist zu bedauern, denn im Bereich der Wirtschaftsberichterstattung besteht damit ein Sonderrecht, das weit über den zivil- und strafrechtlichen Ehrschutz in nichtwirtschaftlichen Bereichen hinausgeht. Diese Anomalie wäre mit einer verfassungskonformen Auslegung der UWG-Normen zu beseitigen. Schutzzweck des Lauterkeitsrechts ist der «funktionierende Wettbewerb». Angesichts von Art. 36 Abs. 2 BV bedürfen auch auf das Lauterkeitsrecht abgestützte Eingriffe in die Medienfreiheit eines öffentlichen Interesses. Art. 10 Abs. 2 EMRK nennt allerdings das Ziel des funktionierenden Wettbewerbs in seiner Aufzählung nicht. Die Interessen der Anbieter fallen in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Demgegenüber berufen sich Konsumenten auf Art. 16 Abs. 3 BV und Medienschaffende beanspruchen Art. 17 BV in Bezug auf wirtschafts- und konsumrelevante Berichterstattungen. Die aktuelle UWG-Rechtsprechung löst diesen Interessenkonflikt einseitig zugunsten der Wirtschaftsfreiheit. Die Problematik verschärft sich unter dem Blickwinkel einer genügenden gesetzlichen Grundlage dadurch, dass als Tatbestandsvoraussetzung eine bloss «Gefährdung» der Beeinträchtigung der Wettbewerbsstellung des Betroffenen genügen soll. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb im Bereich der Wirtschaftsberichterstattung vom bundesgerichtlich geprägten Grundsatz abgewichen werden sollte, wonach dem Bürger zugetraut wird, «Übertreibungen als solche zu erkennen und vernunftgemäss zu entscheiden»⁷⁸.

In BGE 127 II 79 E. 4b/bb S. 85 bestätigt das Bundesgericht, dass die Werbung nach seinem Verständnis durch die Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 BV geschützt ist, wogegen die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK auch das Recht auf Werbung schützt. An sich besteht damit für die Werbung nach der EMRK und nach der BV ein grundrechtlicher Schutz. Dennoch ergeben sich für die Schutzniveaus erhebliche Unterschiede. Die Wirtschaftsfreiheit lässt grundsätzlich

⁷⁷ Appl. 53440/99 Hans Ulrich Hertel c. Switzerland.

⁷⁸ BGE 98 Ia 73 E. 3b S. 80.

dem öffentlichen Interesse mehr Spielraum, wodurch schwerere und mehr Eingriffe als zulässig angesehen werden, die bei Art. 10 EMRK nicht mehr zu akzeptieren wären. Das zeigt sich gerade in den schweizerischen Werbefällen. Richtigerweise müssten hier auch die Aspekte der Meinungsfreiheit effektiv und nicht nur verbal berücksichtigt werden, damit das Recht auf Werbung unabhängig von seiner Zuordnung zu Art. 10 EMRK oder Art. 27 BV gleich gut geschützt bleibt.

4. Redaktionsgeheimnis

Die *Garantie des Redaktionsgeheimnisses* gemäss Art. 17 Abs. 3 BV schützt einen wesentlichen Bereich der Pressefreiheit, die journalistischen Quellen, namentlich natürliche Personen als Informanten. Justizorganen soll es grundsätzlich verwehrt sein, auf die internen Bereiche der Medien und Redaktionen zuzugreifen⁷⁹. Ohne diesen Schutz würden zahlreiche Informanten von der Weitergabe ihrer Kenntnisse an Journalisten absehen. Den Massenmedien stünde in der Folge weniger Material zur Verfügung, was wiederum eine Schwächung ihrer politischen Stellung im demokratischen Prozess bewirken würde. In prozessualer Hinsicht erhalten die Medienschaffenden gestützt auf Art. 17 Abs. 3 BV ein Zeugnisverweigerungsrecht.

Das Interesse des Staates an der Aufklärung strafbarer Handlungen soll durch Art. 27^{bis} StGB gewährleistet bleiben. Diese Norm statuiert auf Gesetzesebene ebenfalls ein Zeugnisverweigerungsrecht, sieht jedoch – anders als Art. 17 Abs. 3 BV – Ausnahmen vom journalistischen Quellenschutz vor (vgl. Art. 27^{bis} Abs. 2 StGB). Diese gesetzlichen Ausnahmen müssen sich am Schrankenartikel (Art. 36 BV) rechtfertigen lassen. Je nach konkreten Umständen und Interessenlage rechtfertigt sich selbst eine Auslegung gegen den Wortlaut von Art. 27^{bis} Abs. 2 StGB⁸⁰.

⁷⁹ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 159. Siehe auch die Besprechung: ANDREAS KLEY/RETO FELLER, Grundrechte, in: Aktuelle Anwaltspraxis 2001, Bern 2002, 333 ff. (348).

⁸⁰ JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, 260; DENIS BARRELET, Les libertés de la communication, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 721 ff. (735); ANDREAS KLEY, Die Medien im neuen Verfassungsrecht, in: ULRICH ZIMMERLI (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, BTJP 1999, Bern 2000, 183 ff., insb., 201.

In BGE 126 IV 236 erhält das Bundesgericht Gelegenheit zu einer Klärung des Verhältnisses von Art. 17 Abs. 3 BV und Art. 27^{bis} StGB: In einem in der «SonntagsZeitung» vom 26. Januar 1997 publizierten Artikel erwähnte der Journalist S. einige Passagen aus einem «vertraulichen» Strategiepapier des damaligen Schweizer Botschafters in den USA. Das von S. nach einer Verurteilung wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB) angerufene Bundesgericht kommt zum Schluss, der sich aus der Pressefreiheit bzw. aus Art. 27^{bis} StGB ergebende Quellenschutz stehe einer Bestrafung nicht entgegen (E. 6 S. 250 ff.): Es sei denkbar, dass ein Medienschaffender von geheim erklärten Akten Kenntnis erhalte, ohne dass eine Indiskretion oder eine strafbare Amtsgeheimnisverletzung seitens eines Behördenvertreters vorliege. Zudem würden nicht selten geheim erklärte Akten einem Journalisten anonym zugespielt, so dass selbst der Empfänger die Quelle der Indiskretion nicht kennt. In beiden Fällen komme der Quellenschutz nicht zum Tragen, da es keine (bekannte) Quelle zu schützen gelte. Doch auch in Fällen, in denen der Medienschaffende durch Indiskretion oder gar durch strafbare Amtsgeheimnisverletzung eines ihm bekannten Behördenvertreters geheime Tatsachen erfahren habe, stehe der Quellenschutz einer Bestrafung gemäss Art. 293 StGB nicht entgegen. Im Übrigen sei denkbar, dass die Information journalistisch genutzt bzw. verwertet werden könne, ohne den Tatbestand von Art. 293 StGB zu erfüllen.

Ohne auf die strafrechtspolitische Notwendigkeit des Tatbestandes von Art. 293 StGB näher einzugehen, ist das am 5. Dezember 2000 vom Kassationshof gefällte Urteil in Bezug auf die dargestellte Erwägung 6 (Quellenschutz) inhaltlich nicht zu beanstanden. Die vorgebrachte Rüge hätte allerdings eine unter dem Titel von Art. 36 BV durchgeführte verfassungsrechtliche Auseinandersetzung sowie Erwägungen zum Geltungsbereich von Art. 17 Abs. 3 BV verdient.

5. Sprachenfreiheit

Die in Art. 18 BV kodifizierte *Sprachenfreiheit* wird in einem Urteil vom 11. Oktober 2001⁸¹ betreffend die Verfahrenssprache an-

gewandt. Ein Ehepaar sah sich als Angeschuldigte mit einem Strafverfahren konfrontiert. Die erste Einvernahme mit der Ehefrau wurde in ihrer Muttersprache (Deutsch) durchgeführt. Die ihr in der Folge zugestellten Verfügungen, darunter eine Beschlagnahmeverfügung diverse Grundstücke betreffend, waren jedoch in französischer Sprache abgefasst.

Das Bundesgericht führt aus, der Sprachenfreiheit seien Grenzen gesetzt durch die Anerkennung von Landessprachen in Art. 4 BV. Denn diese Verfassungsbestimmung gewährleiste die überkommene sprachliche Zusammensetzung des Landes (Territorialitätsprinzip). Kantone seien daher befugt, die zur Durchsetzung des Territorialitätsprinzips nötigen Massnahmen zu treffen, selbst wenn dadurch die Freiheit des Einzelnen, seine Muttersprache zu gebrauchen, beschränkt werde. Nach Art. 2 Abs. 2 lit. c der für den zweisprachigen Amtsbezirk Biel geltenden bernischen Sprachregelungsverordnung (BSG 152.381) bestimmt sich die Gerichtssprache «in Strafsachen nach der Sprache des Angeschuldigten, der Hauptangeschuldigten oder der Mehrheit der Hauptangeschuldigten». Die Vorinstanzen behandeln den Ehemann französischer Muttersprache als Hauptangeschuldigten. Der Beschwerdeführerin werde «bloss» vorgeworfen, an unlauteren Vermögensverschiebungen möglicherweise mitgewirkt bzw. davon profitiert zu haben. Im Vergleich zu ihrem Mann komme ihr in der Strafuntersuchung objektiv eine Nebenrolle zu. Der Entscheid der Strafverfolgungsbehörden, Französisch als Muttersprache ihres Mannes als Verfahrenssprache zu bestimmen, sei daher *nicht willkürlich*.

Das Urteil ist wegen der besonderen Situation und der entsprechenden Rechtslage nicht zu beanstanden. Es ist richtig, dass nach bernischem Recht im zweisprachigen Amtsbezirk Biel ein Strafverfahren möglichst in einer Verfahrenssprache geführt wird. Das Territorialitätsprinzip gilt in einem zweisprachigen Bezirk ja gerade nicht so strikte und macht es möglich, dass sich ein Strafverfahren nach der Sprache der am meisten betroffenen Person(en) richtet. Die Beschwerde stand daher von Anfang an nicht unter dem Stern einer potentiellen Grundrechtsverletzung.

81 Proz. Nr. 1P.500/2001, nicht in der amtlichen Sammlung.

6. Demonstrationen

Die *Meinungs- und Versammlungsfreiheit* der Art. 16 und Art. 22 BV waren in BGE 127 I 164 ff. Gegenstand des Verfahrens um eine verweigerte Demonstrationsbewilligung gegen das im Januar 2001 durchgeführte World Economic Forum (WEF) in Davos⁸². Das Bundesgericht erinnert zunächst an seine bisherige Rechtsprechung, insbesondere an den aus der Meinungs- und Versammlungsfreiheit fließenden bedingten Anspruch auf Benützung des öffentlichen Grundes bei Veranstaltungen mit Appellwirkung an die Öffentlichkeit⁸³. An der Nichtanerkennung einer eigentlichen Demonstrationsfreiheit und der Möglichkeit, Demonstrationen einer Bewilligungspflicht zu unterwerfen, habe die neue Bundesverfassung nichts geändert. Weder Art. 11 EMRK noch Art. 21 UNO-Pakt II würden über die Gewährleistung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit hinausreichen.

Bei der Prüfung unter dem Blickwinkel von Art. 36 BV stimmt das Bundesgericht mit den Vorinstanzen überein, dass die gesamten verkehrspolizeilichen Umstände sowie ein erhebliches Sicherheits- und Gefahrenrisiko gegen die Erteilung einer Bewilligung sprechen. Diese gewichtigen Gründe seien grundsätzlich geeignet, eine Einschränkung der genannten Grundrechte zu rechtfertigen.

Um dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen, habe die Bewilligungsbehörde Alternativen bezüglich Routen- oder Arealwahl zu prüfen⁸⁴. Entgegenstehenden Interessen könne mit Auflagen und Bedingungen Rechnung getragen werden. Die Bewilligung einer stationären Demonstration wurde von den Vorinstanzen mit der Begründung verweigert, es stünden in Davos keine geeigneten öf-

82 Ein Nachfolgeurteil zum WEF 2001 erging am 7.5.2002 (1P.605/2001) und behandelt nebst den Kommunikationsgrundrechten interessante Fragen des Rechtsschutzes.

83 Bereits festgehalten hat das Bundesgericht, dass Gemeindesäle, die für Versammlungen benutzt werden können, dem öffentlichen Grund gleichzustellen und hinsichtlich Inanspruchnahme für Versammlungen unter Berücksichtigung der konkreten (lokalen) Verhältnisse gleich zu behandeln sind wie die Benutzung öffentlichen Grundes, vgl. BGr. vom 18.2.1991, in: ZBl 1992, 40.

84 Siehe zu dieser Prüfung und zur Rechtsgüterabwägung ausführlich: Yvo HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Demonstrationsfreiheit und Rechte Dritter, in: ZBl 1995, 101 ff. (insb. 112–115).

fentlichen Plätze zur Verfügung. Das Bundesgericht präzisiert, dass auch ein bedingter Anspruch auf Benützung von Strassen und Plätzen bestehe, die zwar *nicht im Eigentum des Gemeinwesens stehen, aber dem Gemeingebrauch gewidmet* sind. Deren Eignung sei im Bewilligungsverfahren zu prüfen; eine Grenze bilde namentlich Art und Umfang der Widmung für den Gemeingebrauch. Demnach ausgeschlossen wäre etwa eine Benutzung mit Fahrzeugen angesichts einer Widmung ausschliesslich zugunsten von Fussgängern. Angesichts der konkreten prozessualen Lage (Fehlen eines aktuellen Interesses im Sinne von Art. 88 OG) begnügt sich das Bundesgericht mit der Feststellung, dass im Bewilligungsverfahren die Meinungs- bzw. Versammlungsfreiheit verletzt wurde, weil eine Prüfung der Geeignetheit von Alternativstandorten im Privateigentum unterblieb.

Eine zeitliche Verschiebung der Demonstration hat nach Auffassung des Bundesgerichts auf die Meinungs- und Versammlungsfreiheit keinen wesentlichen Einfluss, wenn die beabsichtigte Appellwirkung an die Öffentlichkeit vom Tag der Kundgebung weitgehend unabhängig ist. Das Bundesgericht hat indes auf eine Beurteilung im konkreten Fall infolge «widersprüchlicher Haltung» der Beschwerdeführer verzichtet. Diese hatten nämlich eine zeitliche Verschiebung der Demonstration rundweg abgelehnt, in der Beschwerdeschrift aber des Langen und Breiten ausgeführt, dass eine Verschiebung eine unverhältnismässige Massnahme wäre. Daraus braucht man noch nicht ein widersprüchliches Verhalten zu entnehmen, zumal die Ablehnung der Verschiebung durch die Gesuchsteller eine umstrittene und unbewiesene Tatsache blieb. Das Bundesgericht hat sich die Mühe gegeben, die aufgeworfenen hochpolitischen Rechtsfragen zu beantworten. Gleichwohl ist es verständlich, dass es für die Zukunft die Leitlinien nicht umfassend und präzise umschreiben wollte und konnte. Es ist auch anzuerkennen, dass das Bundesgericht dem Anliegen der Demonstranten Beachtung schenkt und sie für die Zukunft zu frühzeitiger Gesuchseinreichung einlädt (E. 6a). Ein künftiges Gesuch wird – falls das Bundesgericht angerufen werden wird – als ein ganz neuer Fall behandelt werden. Die «konkreten Umstände», so das Bundesgericht, unterliegen einem «steten Wandel» (E. 6a). Die alten Griechen sagten dazu: *panta rhei* («Alles ist im Flusse»).