



University of Zurich  
Zurich Open Repository and Archive

Winterthurerstr. 190  
CH-8057 Zurich  
<http://www.zora.uzh.ch>

---

*Year: 2003*

---

## Historiker vor Gericht: Geschichtswissenschaftliches Arbeiten im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte

Kley, A; Zihler, F

Kley, A; Zihler, F (2003). Historiker vor Gericht: Geschichtswissenschaftliches Arbeiten im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte. *Medialex : Zeitschrift für Kommunikationsrecht*, 8(2):187-195.

Postprint available at:  
<http://www.zora.uzh.ch>

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich.  
<http://www.zora.uzh.ch>

Originally published at:  
*Medialex : Zeitschrift für Kommunikationsrecht* 2003, 8(2):187-195.

# Historiker vor Gericht

## Geschichtswissenschaftliches Arbeiten im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte

*Andreas Kley*

*Professor für ... an der Universität Bern*

*Florian Zihler*

*Lic. iur, LL.M.Eur, Assistent ...*

### I. Von der Geschichte als Weltenrichterin zum Historiker vor Gericht

Nach Hegel hat die Geschichtswissenschaft die Aufgabe, «Weltgericht»<sup>1</sup> zu sein. In der Tat ist der Geschichtswissenschaft in den letzten Jahren diese Rolle zugeschrieben worden<sup>2</sup>. Die Rolle eines Staates im Verhältnis zum Holocaust durch das Dritte Reich gab Anlass zu Untersuchungen seitens offiziell eingesetzter «Historikerkommissionen». Sie hatten die Aufgabe, die Streitfrage zu entscheiden, ob ein Fehlverhalten vorlag und wer dafür verantwortlich zu machen sei. Freilich kann die Geschichtswissenschaft dieses Urteil nicht fällen. Sie würde sich in die politische Auseinandersetzung begeben und kann ihr Urteil nicht mit allgemein verbindlichen Normen begründen. Die Geschichtsschreibung ist kein Urteil, sondern Ausdruck der menschlichen Erfahrungen im Kollektiv und des Kollektivs. Dabei liefert diese Er-

fahrung nicht endgültige Ergebnisse, sondern ist immer nur vorläufig<sup>3</sup>.

Die Arbeit der schweizerischen Historikerkommission ist nicht Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen. Vielmehr geht es um die rechtlichen Bedingungen historischer Arbeiten aus grundrechtlicher Hinsicht. Historiker können insofern tatsächlich vor Gericht kommen. Die Arbeitsbedingungen von Historikern stehen in einem doppelten Bezug zur Meinungsfreiheit, nämlich wie kommt ein Historiker zu seinem Material aus öffentlichen Archiven (Informationsfreiheit des Art. 16 Abs. 3 BV, Abschnitt II.) und welche gesetzlichen Restriktionen sind bei der Veröffentlichung seiner Arbeiten zu beachten (Art. 16 und 17 Abs. 1 und Art. 20 i.V.m. Art. 36 BV, Abschnitt III.)? Schliesslich: Gibt es geschichtliche Tatsachen als absolute Grenzen für Äusserungen auch von Historikern (Abschnitt IV.)?

### II. Informationsfreiheit: Beschränkte Einsichtnahme in Archive

#### 1. Problem der Informationsfreiheit

Gemäss Art. 16 Abs. 3 BV kann jedermann Informationen aus «allgemein zugänglichen Quellen» beschaffen und verbreiten. Die Qualifikation einer Quelle als allgemein zugänglich ergibt sich nach den anwendbaren gesetzlichen Vorschriften. Das bedeutet, dass der Verfassungsrichter einem Historiker nicht Hand dazu bietet, an sich geheime, aber nicht schützenswerte Informationen aktiv zu erschliessen<sup>4</sup>. Die Informationsfreiheit ist damit dem Geset-

1 Vgl. GEORG FRIEDRICH WILHELM HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werke, Band 7, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1986, S. 503, § 340.

2 Z.B. für die Schweiz: Unabhängige Expertenkommission Schweiz - Zweiter Weltkrieg, die Schweiz, der Nationalsozialismus und der Zweite Weltkrieg, Schlussbericht, Zürich: Pendo Verlag 2002; vgl. dazu <http://www.uek.ch> (April 2003). Die Kriegsschuldfrage im Ersten Weltkrieg wurde durch ein Gutachten von HERMANN KANTOROWICZ untersucht: Gutachten zur Kriegsschuldfrage 1914, aus dem Nachlass, Frankfurt a.M. 1967.

3 Vgl. dazu eingehend mit weiteren Hinweisen: BRIGITTE STUDER, Geschichte als Gericht – Geschichte vor Gericht. Oder: wie justiziabel ist die Historie? In: *Traverse, Zeitschrift für Geschichte – Revue d'histoire*, 2001/1, S. 97-102.

**Zusammenfassung:** Die historische Forschung ist in den letzten Jahren in das Zentrum des Interesses gerückt. Dabei stellen sich aus medienrechtlicher Sicht Fragen, welche das methodische Vorgehen der Historiker berühren. Der Beitrag behandelt deshalb die grundrechtlichen Bedingungen historischer Arbeiten. Die Arbeitsbedingungen von Historikern stehen in einem doppelten Bezug zur Meinungsfreiheit: Nämlich wie kommt ein Historiker zu seinem Material aus öffentlichen Archiven (Informationsfreiheit des Art. 16 Abs. 3 BV) und welche gesetzlichen Restriktionen sind bei der Veröffentlichung seiner Arbeiten zu beachten (Art. 16 und 17 Abs. 1 und Art. 20 i.V.m. Art. 36 BV)? Schliesslich: Gibt es geschichtliche Tatsachen als absolute Grenzen für Äusserungen auch von Historikern? Solche Grenzen kann die Verwirkung der Grundrechte bzw. die strafrechtlichen Schranken der Meinungsfreiheit setzen.

zesvorbehalt unterstellt und die anwendbaren Gesetzesvorschriften fliessen unmittelbar in das Grundrecht ein. Im folgenden sollen die typischen Regelungen am Beispiel des Bundesarchivs vorgestellt werden.

## 2. Zweck und Modalitäten der Archivierung

Die Archivierung dient der Aufbewahrung und Erschliessung von erhaltenswertem Aktenmaterial, d.h. von rechtlich, politisch, wirtschaftlich, sozial oder kulturell wertvollen Unterlagen<sup>5</sup>. Einerseits soll damit Rechtssicherheit und eine rationelle Verwaltungsführung ermöglicht werden. Andererseits geht es um die Bewahrung aller Arten von Dokumenten für eine umfassende historische und sozialwissenschaftliche Forschung<sup>6</sup>.

Nach dem Bundesgesetz vom 26. Juni 1998 über die Archivierung (im Folgenden BGA) ist grundsätzlich das Bundesarchiv für die Archivierung der Unterlagen des Bundes zuständig<sup>7</sup>. Soweit ein Bundesgesetz nichts anderes vorsieht, sind die Kantone für die Archivierung ihrer Unterlagen selber verantwortlich, selbst wenn diese im Zusammenhang mit dem Vollzug von Bundesaufgaben entstanden sind<sup>8</sup>. In solchen Fällen gelangt kantonales Recht zur Anwendung, das aber mit den bundesrechtlichen Normen oft vergleichbar ist<sup>9</sup>. Das Archivierungsgesetz sieht vor, dass jedermann, der Bundesaufgaben wahrnimmt, der Pflicht unterliegt, dem Bundesarchiv nicht mehr benötigte Unterlagen zur Archivierung anzubieten<sup>10</sup>. Die Unterlagen sind so aufbereitet einzureichen, dass ohne zusätzlichen Aufwand die Archivwürdigkeit bewertet und eine allfällige Archivierung vorgenommen werden kann<sup>11</sup>. Das Bundesarchiv legt auf Vorschlag der anbietepflichtigen Verwaltungsträger die Archivwürdigkeit fest<sup>12</sup>.

Sind Unterlagen archiviert, so unterliegen sie einer Schutzfrist von 30 Jahren<sup>13</sup>, d.h. sie bleiben während dieser Zeit weiterhin nicht öffentlich zugänglich. Diese Regelung widerspiegelt das nach wie vor geltende Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt<sup>14</sup>. Waren aber die Akten vor ihrer Archivierung öffentlich zugänglich, so bleiben sie es auch weiterhin<sup>15</sup>.

Diese Bestimmung wird bei einem allfälligen Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Bundesverwaltung als Koordinationsbestimmung wichtig werden, denn die öffentliche Zugänglichkeit von Unterlagen ist dann an Hand dieses Öffentlichkeitsgesetzes zu bestimmen<sup>16</sup>. Archivgut, das nach Personennamen erschlossen ist und besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile enthält, unterliegt sogar einer Schutzfrist von 50 Jahren. Ausgenommen davon sind Fälle, bei denen die betroffene Person in die Akteneinsicht einwilligt hat oder seit mehr als drei Jahren tot<sup>17</sup> ist oder bei denen nicht-perso-

4 Bundesgerichtsurteil vom 18.10.2002 (1P.240/2002), E. 3.1; BGE 127 I 145 E. 4c/aa, S. 153 f.; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 282 m.w.H.

5 Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. Juni 1998 über die Archivierung (BGA, SR 152.1) und die dazugehörige Verordnung vom 8. September 1999 zum Bundesgesetz über die Archivierung (Archivierungsverordnung, VBGA, SR 152.11).

6 Art. 2 Abs. 2 BGA; Botschaft des Bundesrates vom 26. Februar 1997 über das BGA, BBl 1997 II 941 ff., S. 952.

7 Art. 4 Abs. 1 BGA. Das Bundesgericht, das Eidgenössische Versicherungsgericht, die Schweizerische Nationalbank und vom Bundesrat als autonom bezeichnete Anstalten sorgen grundsätzlich selber für die Archivierung (Art. 1 Abs. 3 und Art. 4 Abs. 3 BGA). Für die beiden Gerichte gelten neben den allgemeinen Anforderungen des BGA und der VBGA (Fn. 5) die Verordnung des Bundesgerichts vom 27. September 1999 zum Archivierungsgesetz (SR 152.21) und die Verordnung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum Archivierungsgesetz vom 26. Oktober 1999 (SR 152.22).

8 Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. h BGA.

9 Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 26. Februar 1997 über das BGA, BBl 1997 II 941 ff., S. 946; in diesem Sinn auch BGE 127 I 145 E. 4 c/lb S. 154.

10 Art. 6 BGA i.V.m. Art. 4 VBGA.

11 Art. 5 Abs. 1 VBGA. Nach Abs. 4 erlässt das Bundesarchiv dazu genauere Richtlinien (siehe <http://www.bar.admin.ch> à Überlieferungsbildung (April 2003)).

12 Art. 7 BGA i.V.m. Art. 5 Abs. 2, 3 und Art. 6 VBGA.

13 Art. 9 Abs. 1 BGA. Die Schutzfrist beginnt mit dem Datum des jüngsten, vom Inhalt her relevanten Dokuments eines Geschäftes oder Dossiers (Art. 10 BGA i.V.m. Art. 13 VBGA).

14 Vgl. ANDREAS KLEY/ESTHER TOPHINKE, Kommentar zu Art. 16 BV, N. 32, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Lachen 2002, S. 253.

15 Art. 9 Abs. 2 BGA.

16 Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung vom 12.2.2003, BBl 2003 1963 ff., S. 1978.

17 Art. 11 Abs. 1 und 2 BGA. Besonders schützenswerte Personendaten sind etwa Daten

nenbezogene Nachforschungen bezweckt werden<sup>18</sup>. Bei gewissen Kategorien von Archivgut (z.B. von der Bundesanwaltschaft oder vom VBS<sup>19</sup>) oder im Einzelfall zur Wahrung überwiegender schutzwürdiger Interessen kann die Schutzfrist verlängert werden. Die Erstreckung darf zusammen mit der gewöhnlichen Schutzfrist nicht länger als 50 Jahre dauern<sup>20</sup>.

### 3. Einsichtnahme durch Historiker während der Schutzdauer

Obwohl mit der Archivierung die Voraussetzungen für die historische und sozialwissenschaftliche Forschung geschaffen werden sollen<sup>21</sup>, sieht das Gesetz jedoch kein Wissenschaftsprivileg vor<sup>22</sup>. Für die Einsichtnahme während der Schutzfrist gelten also auch für Historiker die allgemeinen Voraussetzungen von Art. 13 BGA. Das Recht auf Einsichtnahme während der Schutzfrist ist anerkannt. Umstritten ist jedoch regelmässig, ob die abliefernde Behörde ein Gesuch auf Einsichtnahme auf Grund entgegenstehender öffentlicher und/oder privater Interessen ablehnen darf. Ein wissenschaftlich arbeitender Historiker kann sein Interesse zusätzlich mit der Wissenschaftsfreiheit des Art. 20 BV verstärken. Das Bundesgericht hat zwar Art. 20 BV nur für den Fall als Schlüssel zu zusätzlichen Informationen angesehen, als ein «spezifischer Forschungsansatz» die Erschliessung von Akten erfordert<sup>23</sup>. Es ist hingegen beruhigend vom Bundesgericht im Fall Wottreng zu hören, dass nicht nur die Natur-, sondern auch die Geistes-, Sozial- und historischen Wissenschaften sich auf Art. 20 BV berufen können. Das Bundesgericht hielt den Beizug der Strafregister-Akten «unter dem Gesichtswinkel der Wissenschaftlichkeit» für nicht zwingend und verweigerte dem Journalisten und Historiker Wottreng deshalb die Akteneinsicht und die Berufung auf Art. 20 BV<sup>24</sup>.

Die Schutzfristen von 30 bis 50 Jahren sollen überwiegende öffentliche oder private Interessen schützen<sup>25</sup>. Der Gesetzgeber vermutet, dass diese durch eine allgemeine Zugänglichkeit verletzt würden. Sind solche Interessen jedoch nicht gefährdet und verbietet keine gesetzliche Vorschrift die Einsichtnahme während der Schutzfrist, so muss einem Gesuchsteller Einsicht in die von ihm gewünschten Unterlagen gewährt

werden. Auf Grund des Verhältnismässigkeitsprinzips nach Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 3 BV muss die Einsichtnahme gewährleistet werden, wenn die entgegenstehenden Interessen mit Auflagen oder Bedingungen ausreichend geschützt werden können. Das kann etwa durch Anonymisierung von Personen oder durch Auflagen an die Modalitäten der Veröffentlichung durch den Gesuchsteller<sup>26</sup> geschehen.

Die wichtigsten öffentlichen Interessen werden in der Archivierungsverordnung definiert<sup>27</sup>, nämlich die innere und äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft, die Beziehungen des Bundes zu den Kantonen, zu ausländischen Staaten und internationalen Organisationen und die Handlungsfähigkeit des Bundesrates. Dabei muss die öffentliche Sicherheit der Eidgenossenschaft bloss gefährdet sein, währenddem die Gefährdung der übrigen Interessen dauerhaft bzw. schwerwiegend sein muss. Steht die öffentliche Sicherheit des Bundes in Frage, so scheinen höhere Anforderungen für die Gewährung einer Einsicht zu gelten. Ein Gutachten des Bundesamtes für Justiz vertritt jedoch die Ansicht, dass die öffentliche Sicherheit ernsthaft gefährdet sein muss, da in einem demokratischen Staat Schutzmassnahmen eine Ausnahmeerscheinung bleiben müssten. Selbst die Geheimhaltungs-Klassifizierung gewisser

über religiöse und politische Ansichten und Tätigkeiten, über Massnahmen der sozialen Hilfe oder über strafrechtliche Sanktionen (vgl. dazu und zu weiteren Beispielen Art. 3 lit. c des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1). Ein Persönlichkeitsprofil ist eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt (Art. 3 lit. d DSG; vgl. auch VPB 65-48).

18 Art. 11 Abs. 3 BGA. Art. 13 Abs. 2 lit. e DSG (Fn. 17) sieht eine ähnliche Regelung vor.

19 Siehe dazu Anhang 3 der VBGA.

20 Art. 12 BGA i.V.m. Art. 14 VBGA.

21 Siehe Fn. 6.

22 BGE 127 I 145 E. 4 c/bb S. 154. Dies wurde u.a. mit der Rechtsgleichheit und der schwierigen Definition des Wissenschaftsbegriffs begründet; vgl. Botschaft des Bundesrates vom 26. Februar 1997 über das BGA, BBl 1997 II 941 ff., S. 962.

23 BGE 127 I 145 E. 4 d/cc, S. 157: «Auch unter dem Gesichtspunkt der Wissenschaftlichkeit des zu erstellenden Werkes bedarf es der Einsicht in die Akten nicht zwingend; diese ist nicht allein schon deshalb in Frage gestellt, weil gewisse Quellen nicht ausgeschöpft werden können».

24 BGE 127 I 145 E. 4 d/cc, S. 157. Das Bundesgericht zeigte dem Journalisten indessen den Weg und dieser erhielt später entsprechend Einsicht. Sein Werk erschien 2002 im Orell-Füssli-Verlag, Zürich: WILLI WOTTRENG: Tino – König des Untergrundes. Die wilden Jahre der Halbstarren und Rocker.

25 Botschaft des Bundesrates vom 26. Februar 1997 über das BGA, BBl 1997 II 941 ff., S. 957.

26 Art. 11 Abs. 3 und 13 Abs. 3 BGA; Art. 19 VBGA.

27 Art. 14 Abs. 3 VBGA.

Unterlagen<sup>28</sup> könne nur ein Indiz für Geheimhaltungsinteressen sein, da diese im Laufe der Zeit entfallen können<sup>29</sup>. Der Schutz der Polizeigüter (z.B. Leib und Leben von in den Unterlagen erwähnten Personen) wird von der Verordnung nicht ausdrücklich erwähnt, ist jedoch ebenfalls als legitimes öffentliches Interesse zu betrachten<sup>30</sup>.

Die Akteneinsicht darf nur verweigert werden, wenn sie geeignet ist, die öffentlichen Interessen zu gefährden. Ansonsten wäre ein Eingriff in das Einsichtsrecht unverhältnismässig. Ausserdem ist stets eine Güterabwägung zwischen dem Akteneinsichtsrecht und den gefährdeten öffentlichen Interessen vorzunehmen. Nimmt die zuständige Behörde eine solche nicht vor, so liegt eine formelle Rechtsverweigerung vor<sup>31</sup>.

Private Interessen können einer Einsichtnahme durch Historiker ebenfalls entgegenstehen. Dazu zählen etwa der Schutz vor vorzeitiger Offenbarung von Berufs- und Fabrikationsgeheimnissen<sup>32</sup>, die körperliche und psychische Integrität, die Geheim- und Intimsphäre sowie die informationelle Selbstbestimmung einer Person<sup>33</sup>. Die Archiveinsicht muss wiederum geeignet sein, die betreffenden Rechtsgüter zu ge-

fährden und die Güterabwägung muss zu Lasten des Einsichtsrechts ausfallen.

Es ist möglich, dass nach dem Wegfall öffentlicher Interessen weiterhin überwiegende private Interessen bestehen. Allerdings werden bei Personen, die als Politiker und Amtsträger öffentlich in Erscheinung traten, meist keine legitimen privaten Interessen anzunehmen sein<sup>34</sup>. Personen der Zeitgeschichte, wie z.B. Bundesräte, hohe Militärs, Bundesrichter und Amtsdirektoren, können hinsichtlich ihrer Tätigkeit in der Öffentlichkeit keine überwiegenden privaten Interessen beanspruchen<sup>35</sup>.

#### 4. Rechtsschutz bei verweigerter Einsichtnahme

Die Behörde, welche die Archivalien ursprünglich erstellt oder empfangen hat, erlässt eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG<sup>36</sup> betreffend Einsichtnahme<sup>37</sup>. Hat ein Bundesamt<sup>38</sup> verfügt, so kann Verwaltungsbeschwerde beim entsprechenden Departement<sup>39</sup> und letztinstanzlich beim Bundesrat<sup>40</sup> erhoben werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ist wohl ausgeschlossen, da die Ausnahme von Art. 100 Abs. 1 lit. a OG (innere und äussere Sicherheit) greift<sup>41</sup>. Hat kein Bundesamt verfügt, so richtet sich der Rechtsweg nach dem Sezialerlass, etwa der Verordnung des Bundesgerichts zum Archivierungsgesetz<sup>42</sup>. Ansonsten kommen die allgemeinen Verfahrensregeln des Verwaltungsverfahrens- und des Organisationsgesetzes der Bundesrechtspflege zum Zug.

#### 5. Beurteilung: Archive beginnen zu erzählen ...

Der Prinzip geheimer Verwaltungs- und Gerichtstätigkeit befindet sich auf dem Rückzug. Johann Gustav Droysen (1808-1884)<sup>43</sup> bedauerte, dass es ihm nicht vergönnt war, «andere als die bekannten Quellen zu benutzen». Daraus schloss er: «Wahrlich es ist nicht gut, dass unsere Geschichte stumm ist». Die Zeit der «schweigenden Archive»<sup>44</sup> scheint angesichts des grossen Interesses an historischen Forschungen abzulaufen. Freilich fehlt ein eigentlicher Durchbruch auf der Ebene der Verfassung oder der Gesetzgebung. Im Bund und in vielen Kantonen ist das Öff-

28 Siehe Fn. 19.

29 Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 30. April 1990 betreffend Einsichtsrecht in Strafakten der Militärjustiz in Sachen Landesverräter während des Aktivdienstes 1939-1945. In: VPB 55-3, E. 2.4.1 (S. 33 ff.). Vgl. WILLY HUBER, Das Recht des Bürgers auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren, Dissertation St. Gallen 1980, S. 178.

30 VPB 55-3, E. 2.4.1 (S. 35). WILLY HUBER (Fn. 29), S. 179.

31 BGE 110 Ia 83 E. 4 S. 85 f.

32 Art. 14 Abs. 4 VBGA.

33 VPB 55-3, E. 2.4.2 (S. 35).

34 Siehe Fn. 33.

35 Art. 18 Abs. 4 VBGA.

36 Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

37 Art. 22 Abs. 1 VBGA.

38 Auch das Bundesarchiv ist als zentrale Verwaltungseinheit des Eidgenössischen Departements des Innern ein Bundesamt (Regierungs- und Verwaltungsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.1), Anhang, lit. B, EDI).

39 Art. 47a VwVG (Fn. 36).

40 Art. 72 und 74 VwVG (Fn. 36).

41 Art. 100 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG, SR 173.110). Aufschlussreich dazu VPB 40-12, S. 49; BGE 104 Ib 129 E. 1 S. 131 f.; 118 Ib 277 E. 2b S. 280; 121 II 248 E. 1 S. 250.

42 Art. 16 (Fn. 7).

43 DROYSEN ..... Vorlesungen über die Freiheitskriege, Erster Theil, Kiel 1846, Vorwort (ohne Seitenzahlen).

44 DROYSEN (Fn. 43).

fentlichkeitsprinzip mit Geheimnisvorbehalt noch immer nicht eingeführt worden<sup>45</sup>. Deshalb werden sich die Forscher weiterhin im Einzelfall um eine Einsicht bemühen müssen. Die Abwägung der Interessen im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung bleibt bedeutsam.

### III. Bedingungen historischer (Meinungs-) Äusserungen in Radio und Fernsehen

#### 1. Ausgangspunkt: Geschichtswissenschaftliche Quellenkritik

In der modernen Geschichtswissenschaft ist die Bedeutung der Kritik zunächst durch Barthold Georg Niebuhr (1776-1831) entwickelt worden. Später hat Johann Gustav Droysen in seinen Vorlesungen über die «Historik» die moderne historisch-kritische Methode verfeinert<sup>46</sup>. Dabei handelt es sich nicht um eine bestimmte Methode der Geschichtsforschung, sondern um ein besonderes Verständnis im Umgang mit Quellen und den daraus zu ziehenden Schlüssen. Droysen unterschied:

a) Kritik der Echtheit: «Es fragt sich, ob das Material wirklich das ist, wofür es gehalten wird oder gehalten werden will»<sup>47</sup>.

b) Kritik des Früheren und Späteren: «Es fragt sich, ob das Material noch unverändert das ist, was es ursprünglich war und noch sein will, oder welche Veränderungen an demselben zu erkennen und ausser Rechnung zu stellen sind»<sup>48</sup>.

c) Kritik des Richtigen (oder Quellenkritik<sup>49</sup>): «Es fragt sich, ob das Material, da es wurde, das gab und geben konnte, wofür es als Beleg gehalten wird oder gehalten werden will, oder ob es gleich, da es wurde, nur teilweise, nur in gewisser Art, nur relativ richtig sein konnte oder wollte»<sup>50</sup>.

d) Kritische Ordnung des verifizierten Materials: «Es fragt sich, ob das Material, wie es vorliegt, noch alle Momente enthält, von denen die Forschung Zeugnis sucht, oder in welchem Masse es unvollständig ist»<sup>51</sup>.

Auch nach dem Zusammenwirken dieser vier Formen historischer Kritik ist nach Droysen das Ergebnis von Kritik nicht «die

eigentliche historische Tatsache', sondern, dass das Material bereit gemacht ist, eine verhältnismässig sichere und korrekte Auffassung zu ermöglichen»<sup>52</sup>. Der Historiker und der historisch recherchierende Journalist formulieren Hypothesen, die sich durch die Erhebung von Faktenmaterial zu Thesen verdichten lassen. Je nach Ausgang von Verifikation bzw. Falsifikation ist eine Hypothese abzuändern oder sogar fallen zu lassen<sup>53</sup>.

Das Bundesgericht hatte sich in seinen Urteilen zum (strafrechtlichen) Fall Hofer-Frick<sup>54</sup> mit der Quellenarbeit des Historikers Walther Hofer beschäftigt. Es hob den Freispruch von der «üblen Nachrede gegen einen Verstorbenen» auf. Hofer hätte als «gewiegter Historiker» den Fehler «auf den ersten Blick erkennen können». Hofer hatte nämlich den Rechtsanwalt Wilhelm Frick in einem Zeitungsartikel<sup>55</sup> als «Vertrauensanwalt einer Gestapoabteilung» und als «Gestapovertrauten» bezeichnet. Er stützte sich dabei auf eine Dissertation<sup>56</sup>. Hofer verwendete eine verbreitete zeitsparende Methode, indem er bloss die Sekundärquelle las, aber die (von ihm nicht eingesehene) Originalquelle<sup>57</sup> zitierte. Diese Quelle bezeichnete Frick nicht als «Vertrauensanwalt einer Gestapoabteilung». Das Bundesgericht verlangte deshalb die Bestrafung von Hofer und lehnte später auch eine Revision dieses Urteils ab<sup>58</sup>. Die arbeitssparende Methode von Hofer verletzt in der Tat Grundsätze historischen Arbeitens; das Bundesgericht hatte also gewissermassen Droysen Recht gegeben<sup>59</sup>.

45 Siehe dazu ANDREAS KLEY, Besprechung des Urteils Wottreng, BGE 127 I 145 ff., in: *medialex* 2001, Heft 4, S. 240. Siehe nun aber die Botschaft des Bundesrates: FN 16.

46 DROYSEN JOHANN GUSTAV, *Historik*, Textausgabe von Peter Leyh (1857/1882), Stuttgart: Frommann-Holzboog-Verlag 1977.

47 DROYSEN (Fn. 46) 429.

48 DROYSEN (Fn. 46) 429.

49 DROYSEN (Fn. 46) 430, vgl. namentlich § 33.

50 DROYSEN (Fn. 46) 429.

51 DROYSEN (Fn. 46) 430.

52 DROYSEN (Fn. 46) 431.

53 Vgl. VPB 56-13, E. 4.2 (S. 102); VPB 62-50, E. 6.5 (S. 460).

54 Urteil vom 4.7.1986, in: *Plädoyer* 1989, S. 65-67 sowie BGE 125 IV 298 ff.

55 NZZ vom 26./27.2.1983, Nr. 48.

56 Nämlich: WALTER WOLF, *Faschismus in der Schweiz*, Zürich: Flamberg Verlag 1969.

57 Bericht der Zürcher Obergerichts an den Kantonsrat zur Motion Nägeli vom 4.11.1953, *Amtsblatt des Kantons Zürich* 1953, S. 905 ff.

58 BGE 125 IV 298 ff.

59 Ebenso THOMAS GEISER, *Der Historiker vor dem Zivilrichter*, in: *AJP* 4/92, S. 451 f.

Kontrastiert man die bundesgerichtlichen Aussagen im strafrechtlichen Fall Hofer-Frick mit dem (grundrechtlichen) Fall Wottreng<sup>60</sup>, so widerspricht die Forderung nach Konsultation der Primärquellen dem verweigerten Archivzugang. Diese Unstimmigkeit ist wohl durch die jeweils getrennten Rechtsgebiete und Verfahren (Strafrecht / Nichtigkeitsbeschwerde / Kassationshof – Grundrechte / staatsrechtliche Beschwerde / Öffentlichrechtliche Abteilung) erklärbar, aber in der Sache nicht zu rechtfertigen. Darüber hinaus geben die beiden Urteile Hofer-Frick den Beobachtungen von Peter Noll Recht<sup>61</sup>:

«Wie die moderne Wissenschaft an ihrer eigenen Vergänglichkeit arbeitet: A übernimmt z.B. einen Gedanken von B, und in der ersten Publikation zitiert er auch den B, wie es sich gehört. Später kommt A auf das Thema zurück, und in der zweiten Publikation zitiert er nun nur noch sich selbst, nämlich seine frühere Publikation. Von B ist nicht mehr die Rede. Dasselbe kann natürlich auch dem A passieren von Seiten des C usw. Über das Zitieren und Nichtzitieren könnte man eine längere Analyse und Satire schreiben. Häufig kommt es z.B. vor, dass einer die Sekundärquelle nicht zitiert, sondern nur die Primärquelle, ohne diese aber gelesen zu haben. Er übernimmt einfach das Zitat aus der Sekundärquelle».

## 2. Kritische Ordnung und Darstellung des Materials in elektronischen Medien

Das Interesse an der jüngeren Schweizergeschichte ist durch die Sammelklage gegen

die Schweizer Banken in den USA und die erhobenen Vorwürfe an die Adresse der Schweiz in den letzten Jahren stark gestiegen und fand damit Eingang in den Programmen von Fernsehveranstaltern. Zwar hat eine dokumentarisch-historische Sendung nicht dem wissenschaftlichen Anspruch eines Historikers, sondern den journalistischen und medienrechtlichen Sorgfaltspflichten zu genügen. Entscheidend ist, ob die Thematik einer Sendung und die aufgestellten Thesen sorgfältig und gewissenhaft dokumentiert sind<sup>62</sup>. Hinzukommen kommen noch die besonderen Bedingungen für Sendungen in den elektronischen Medien.

Programmbeiträge am Fernsehen und im Radio müssen dem Sachgerechtigkeitsprinzip entsprechen<sup>63</sup>. Fakten sind folglich objektiv wiederzugeben, so dass sich der Zuschauer bzw. Zuhörer eine eigene Meinung bilden kann<sup>64</sup>. Ansichten und Kommentare sind deshalb von solchen Fakten abzugrenzen<sup>65</sup>. Je kleiner das vernünftigerweise zu erwartende Vorwissen des Publikums ist, desto höhere Anforderungen sind an dieses Gebot der Transparenz zu stellen. Neben der Würdigung der einzelnen Informationen ist der Gesamteindruck einer Sendung entscheidend<sup>66</sup>. Die Ausstrahlung einseitiger Information verletzt nicht zwingend das Sachgerechtigkeitsgebot. Soweit Fehler nicht geeignet sind, den Gesamteindruck einer Sendung oder eines Beitrags wesentlich zu beeinflussen, handelt es sich aus programmrechtlicher Sicht um Nebenpunkte<sup>67</sup>.

Das Sachgerechtigkeitsgebot bezweckt den Schutz des Publikums, weshalb eine rezipientenorientierte Betrachtungsweise angezeigt ist<sup>68</sup>. Es ist zu fragen, wie das Publikum die Sendung vernünftigerweise verstehen konnte. Neben dem Vorwissen sind in diesem Zusammenhang die Eigenheiten des Sendegerätes (Sendezeit; Nachrichten- oder Dokumentarsendung) und der Gegenstand einer Sendung zu würdigen<sup>69</sup>. Ein strenger Sorgfaltsmassstab ist anzuwenden, wenn schwerwiegende Vorwürfe erhoben werden und so ein erhebliches Schadensrisiko für Direktbetroffene oder Dritte resultiert. In diesem Fall muss sich die Recherche bis auf Details der Anschuldigungen erstrecken<sup>70</sup>.

60 Siehe Fn. 45.

61 PETER NOLL, Diktate über Sterben & Tod, Zürich: Pendo Verlag 1984, S. 48 f.

62 VPB 62-50, E. 6.5 (S. 460); VPB 56-13, E. 4.4 (S. 105).

63 Art. 93 Abs. 2 Satz 3 BV und Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.10).

64 BGE 119 Ib 166 E. 3a S. 170; Bundesgerichtsurteil vom 21.11.2000 (2A.12/2000), E. 5 b.

65 Art. 4 Abs. 2 RTVG (Fn. 63): «Ansichten und Kommentare müssen als solche erkennbar sein.»; VPB 62-50, E. 6.2 (S. 459).

66 VPB 64-120, E. 5.2 (S. 1216); VPB 62-50, E. 4.1 (S. 458) und E. 7.2 (S. 461); VPB 62-27, E. 4.1 (S. 200).

67 VPB 64-120, E. 6.2 (S. 1216 f.); vgl. MARTIN DUMERMUTH, Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, Dissertation, Bern 1992, S. 288 und 315 ff.

68 VPB 64-120, E. 5.4 (S. 1216); VPB 62-27, E. 3.3 (S. 200).

69 VPB 64-120, E. 5.4 (S. 1216) und E. 6.6 (S. 1217 f.); VPB 62-27, E. 4.1 (S. 200).

Die gesetzlichen Programmbestimmungen schliessen weder Stellungnahmen und Kritiken noch den sog. «anwaltschaftlichen Journalismus» aus. Aber es muss die Transparenz gewährleistet bleiben, dass sich der Zuschauer ein eigenes Bild machen kann. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich in erster Linie danach, ob der Beitrag insgesamt manipulativ wirkt<sup>71</sup>. Es ist sogar zulässig, ein an sich dem Sachgerechtigkeitsgebot widersprechenden Beitrag zu senden, sofern dieser beispielsweise durch Anmoderation und eine anschliessende Diskussionsrunde so relativiert wird, dass die Zuschauer die mangelnde Seriosität und die einseitige Ausrichtung erkennen können<sup>72</sup>.

### 3. Beurteilung: Sachgerechtigkeit versus historische Urteilskraft?

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das fundamentale Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 BV) im Rahmen der Medienfreiheit in Radio und Fernsehen (Art. 17 Abs. 1 BV) den Charakter ändert. Es wird zu einer institutionellen Garantie<sup>73</sup>, die nur noch sachgerechte Meinungsäusserungen im Sinne von Art. 93 Abs. 2 BV zulässt. Auch für Historiker und historisch berichtende Journalisten ergeben sich daraus zusätzliche Einschränkungen. – Was würde wohl ein urliberaler Autor wie John Stuart Mill (1806-1873) zu dieser «Medienfreiheit» sagen? Orientiert man sich an seiner Haltung, so dürfte er die geforderte Sachgerechtigkeit kritisch beurteilen. Zur «eigentlichen Region menschlicher Freiheit» gehört nach Mill die Freiheit des Denkens, wovon jene der Meinungsäusserung nicht zu trennen sei. Die Urteilsfähigkeit und -kraft hängen entscheidend davon ab, dass sich ein Mensch allen Meinungen und Kritiken ausgesetzt und diese auch geprüft habe. «Die ständige Gewohnheit der Korrektur und Vervollständigung der eigenen Meinung durch ihren kritischen Vergleich mit den Meinungen anderer ist (...) die einzige feste Grundlage für ein Vertrauen auf sie»<sup>74</sup>. Für Mill ist es auch wichtig, dass jeder sich Irrtümer, Einseitigkeiten und Unausgewogenes ungehindert anhören kann<sup>75</sup>. Das Sachgerechtigkeitsgebot wäre für ihn wohl ein Greuel, ausser er hätte sein positives Menschenbild angesichts der Macht der Massenmedien geändert.

In einem liberalen Sinn ist das Sachgerechtigkeitsgebot in der Medienfreiheit des Art. 17 i.V.m. Art. 93 Abs. 2 BV zwiespältig. Es ist angesichts der Medienmacht verständlich, aber andererseits mit der Vorstellung urteilsfähiger Menschen, die in einer freien, pluralistischen und demokratischen Gesellschaft leben, unvereinbar.

### IV. Geschichtliche Tatsachen als absolute Grenzen von Meinungsäusserungen

Art. 18 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes (GG) kennt die Verwirkung von Grundrechten<sup>76</sup>. Niemand soll sich im Kampf gegen die freiheitliche, demokratische Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland auf (publikumswirksame) Grundrechte berufen können. Die deutsche Demokratie soll wehrhaft und streitbar sein<sup>77</sup>. Dem Paradoxon «Beseitigung der Grundrechte mit Hilfe dieser Grundrechte» soll also vorgebeugt werden. Auf Grund des komplizierten Verfahrens und der für die betroffenen Personen einschneidenden Auswirkungen einer Grundrechtsverwirkung ist Art. 18 GG bisher nicht angewandt worden<sup>78</sup>.

Die schweizerische Bundesverfassung kennt keine solche Bestimmung, weshalb revisionistische oder rassistische Meinungsäusserungen unter dem Schutz der Grundrechte stehen, aber gemäss Art. 36

70 VPB 63-96, E. 8.2-8.4 (S. 909); VPB 62-50, E. 6.1 (S. 459); VPB 62-27, E. 4.2 (S. 201).

71 BGE 121 II 29 E. 3b S. 34; Bundesgerichtsurteil vom 21.11.2000 (2A.12/2000), E. 5b; vgl. DUMERMUTH (Fn. 67), S. 364 ff.

72 VPB 62-50, E. 7.1 und 7.2 (S. 460 ff.).

73 Im Sinne von CARL SCHMITT, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*, 1931, enthalten in: C.S., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 3. Aufl., Berlin 1985, S. 140 ff.

74 Vgl. JOHN STUART MILL, *Über die Freiheit*, Leipzig und Weimar: Gustav Kiepenheuer Verlag 1991, S. 28 f.

75 Vgl. MILL (Fn. 74), S. 43 f.

76 Art. 18 Abs. 1 GG – Verwirkung von Grundrechten: «Wer die Freiheit der Meinungsäusserung, insbesondere die Pressefreiheit (...), die Lehrfreiheit (...), die Versammlungsfreiheit (...), die Vereinigungsfreiheit (...), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (...), das Eigentum (...) und das Asylrecht (...) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht, verwirkt diese Grundrechte».

77 Vgl. dazu ANDREAS KLUMP, *Freiheit den Feinden der Freiheit? Die Konzeption der streitbaren Demokratie als demokratietheoretisches Fundament zur Auseinandersetzung mit politischem Extremismus* à <http://www.extremismus.com/texte/streitbar.htm> (April 2003); MICHAEL BRENNER zu Artikel 18 GG, Rn. 1-9, S. 2125 ff. in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG – Bonner Grundgesetz, Bd. 1.

78 BRENNER (Fn. 77), Rn. 11 ff.



BV beschränkbar sind. Der Gesetzgeber hat denn auch diese Meinungsäußerungen in Art. 261<sup>bis</sup> StGB verboten<sup>79</sup>.

Allerdings beinhaltet die von der Schweiz ratifizierte und innerstaatlich unmittelbar anwendbare Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) in Artikel 17 ein mit Art. 18 GG vergleichbares Verbot des Missbrauchs ihrer Garantien<sup>80</sup>. Neben rassendiskriminierenden Äusserungen<sup>81</sup> und der Gutheissung des nationalsozialistischen Gedankengutes<sup>82</sup> sind vor allem Holocaust-Lügen<sup>83</sup> relevant gewesen. Die frühere Europäische Kommission für Menschenrechte hat in diesen Fällen entweder die Anwendung der Garantien der EMRK verneint, was der Konzeption von Art. 17 EMRK entspricht. Oder sie hat Art. 17 EMRK bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit von Eingriffen als besonders gewichtiges Element für deren Bejahung verwendet. Das führt zum gleichen Ergebnis, klammert jedoch die betreffenden Äusserungen nicht vom

sachlichen Schutzbereich der angerufenen Konventionsbestimmung aus. In zwei neueren Urteilen<sup>84</sup> hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte angedeutet, dass solche Äusserungen in Zukunft vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausgeschlossen würden. Ein revisionistischer Historiker könnte sich bei einer strafrechtlichen Verurteilung auf Grund einer Holocaustlüge nicht mehr auf die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) berufen. Entsprechendes muss auch für Religionsführer hinsichtlich der Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK) gelten.

Es besteht also ein absoluter Schutz des Ansehens von Personen und religiösen, ethnischen und politischen Gruppierungen. Dementsprechend sind wesentliche historische Tatsachen vor Verdrehung und Umkehrung geschützt. In diesen Fällen darf niemand, auch nicht unter dem Vorwand der Wissenschafts- oder gar der Religionsfreiheit<sup>85</sup>, das Gegenteil behaupten. Insofern werden den Äusserungen von Historikern und Religionsführern Grenzen gesetzt. Damit die Ergebnisse der Geschichtswissenschaft in einen Prozess permanenter Revisionen<sup>86</sup> und Diskussionen eingebettet bleiben, sollte sich die Anwendung von Art. 17 EMRK jedoch beschränken auf:

- rassendiskriminierende Äusserungen,
- Holocaustlügen bzw. die grobe Verfälschung oder Leugnung ähnlich gesicherter Tatsachen und
- Rechtfertigungen des Genozides an den Juden durch das nationalsozialistische Deutschland bzw. der Greuelthaten ähnlich menschenverachtender Herrschaftssysteme.

Bei Nietzsche<sup>87</sup> hat die kritische Geschichtsschreibung die Aufgabe, das Vergangene zu verurteilen und den Menschen von der Geschichte zu befreien, damit dieser unbeschwert leben kann. Man könnte die Behauptungen der Revisionisten, Holocaustleugner und Geschichtsverdrehler als einen derartigen verurteilenden Befreiungsschlag deuten. Tatsächlich kann im Sinne von Nietzsche die durch die Geschichtsschreibung überlieferte Erfahrung als eine Last empfunden werden. Gleichwohl hat diese Last auch einen staats- und menschenrechtlichen Sinn: Sie will die Wiederholung oder Nachahmung dieser

79 Vgl. die aktuelle Darstellung in: Präsentation des 2. und 3. periodischen Berichts der Schweiz an den Uno-Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, Direktion für Völkerrecht, Bern 2002, zweiter Teil, Ziff. 3, S. 55 ff.

80 Art. 17 – Verbot des Missbrauchs der Rechte: «Diese Konvention ist nicht so auszulegen, als begründe sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als es in der Konvention vorgesehen ist“. Vgl. dazu JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, S. 490, Rn. 1; P. VAN DIJK / G.J.H. VAN HOOF, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3rd ed., The Hague 1998, S. 750; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999, S. 464, Rn. 703; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜR-MANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 347; STEFAN TRECHSEL, Kurzkommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1997, N. 9 zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB, S. 863.

81 Kommissionsentscheid, Glimmerveen und Hagenbeek gegen die Niederlande, 11.10.79, D&R 18, 187 (188).

82 Kommissionsentscheid, Kühnen gegen Deutschland, 12.5.88, D&R 56, 205 (206).

83 Kommissionsentscheid, Walendy gegen Deutschland, 11.1.1995, D&R 80, 94 (95) und Kommissionsentscheid, Remer gegen Deutschland, 6.9.1995, D&R 82, 117 (119).

84 Urteil «Jersild gegen Dänemark» vom 23.9.1994, appl. no. 15890/89, § 35; Urteil «Lehideux und Isorni gegen Frankreich» vom 23.9.1998, appl. no. 24662/94, §§ 47 und 53.

85 In BGE 123 IV 202 ging es um eine Verurteilung eines Leiters der «Universalen Kirche» wegen Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> StGB, der die Behauptung weitverbreitete: «wegen ihrer satanischen Gier zettelten die Juden den 2. Weltkrieg an“.

86 Vgl. STUDER (Fn. 3), S. 101.

87 FRIEDRICH NIETZSCHE, Kritische Studienausgabe: Die Geburt der Tragödie/Unzeitgemässe Betrachtungen I-IV/Nachgelassene Schriften 1870-1873, Band 1, München: dtv 1999, Unzeitgemässe Betrachtungen II Nr. 3, S. 269.

traumatischen Erfahrungen verhindern.  
Die Verwirkung der Grundrechte bzw. das  
strafrechtliche Verbot der «Holocaustlüge»  
bewahrt dieses Gedächtnis. Eine «Befrei-  
ung» von dieser Geschichtslast ist uner-  
träglich. ■