

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)

Ein religiöses Kuriosum, das im Berichtszeitraum durch das Bundesgericht beurteilt wird,¹¹ sind die Dozulé-Kreuze, deren Höhe von 7,38 Metern exakt einem Hundertstel der Höhe des Berges Golgatha entspricht. Das Aufstellen der Kreuze gehört zur Glaubensüberzeugung einer katholischen Splittergruppe und hat die schweizerischen Behörden bereits mehrfach beschäftigt.¹² Dem Entscheid des Bundesgerichts liegt ein Fall aus Gerlafingen zugrunde, bei dem die Beschwerdeführer ein solches „Liebeskreuz“ im Garten ihres Einfamilienhauses errichtet hatten. Das nachträgliche Baugesuch wies die Baukommission mit Rücksicht auf Einsprachen von Nachbarn ab und verfügte die Beseitigung der blauweiss gestrichenen, nachts beleuchteten Aluminiumkonstruktion. Die Beschwerdeführer rügten unter anderem eine Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Das Bundesgericht gesteht zu, dass die Religionsfreiheit durch die Bewilligungsverweigerung berührt ist. Es stützt gleichwohl die Auffassung der Vorinstanz, ein beleuchtetes Kreuz dieser Grösse sei im Wohngebiet ein Störfaktor und darum nicht zonenkonform. Dogmatisch wird dazu eine verfassungsorientierte Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Planungs- und Baugesetzes vorgenommen. Das Gesetz formuliert mit dem Kriterium der typologischen Eingliederung einen unbestimmten Ästhetikvorbehalt. Diese Generalklausel des Baurechts muss unter Beachtung der wertsetzenden Bedeutung der Religionsfreiheit ausgelegt werden. Trotz der relativ knappen Erwägungen macht das Bundesgericht deutlich, dass dazu eine pauscha-

¹¹ BGer 1P.149/2004 vom 21. Juni 2004 – Dozulé-Kreuz Gerlafingen.

¹² Zu den Hintergründen siehe die Besprechung von YVO HANGARTNER, in: AJP/PJA 2004, S. 1407-1409 (1408).

le Feststellung der Ortsunüblichkeit nicht genügt, sondern jeweils auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen ist – Beleuchtung, Höhe, Bezug zur Wohnnutzung, Gartenumgebung und Drittwirkung. Etwas vernachlässigt bleibt bei alledem das Verhältnis zu den anderen Grundrechtsträgern. Gerade in der überschüssenden Manifestation des einzelnen Glaubensbekenntnisses auf die Nachbarschaft liegt ja das Störende. Hätten die Beschwerdeführer ein Spielgerät gleicher Grösse errichtet, wäre der Fall ein substantiell anderer gewesen. Der Konflikt mag sich formal um eine verwaltungsrechtliche Ästhetikklausel drehen; inhaltlich geht es um eine verfassungsrechtliche Grundrechtskollision.

Auf traditionellen Pfaden bewegt sich das Bundesgericht mit seinem Entscheid zum Glockengeläut in Gossau.¹³ Im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung¹⁴ qualifiziert das Gericht das kirchliche Glockengeläut als Ausdruck der Glaubens- und Gewissensfreiheit, soweit es einen Teil der Religionsausübung darstellt. Das soll gemäss einer beiläufigen Bemerkung (E. 2.4 a.E.) allerdings nicht für Stunden- und Viertelstundenschläge von Kirchenglocken gelten. Um so erstaunlicher, dass das Gericht gleichwohl an einer Sonderbehandlung des nächtlichen Glockengeläuts festhält. Die Anwendung des Umweltschutzrechts folgt hier, so das Gericht, weniger schematischen Regeln als bei Lärmimmissionen von Unternehmen. Während bei Unternehmen eine technische Anpassung des Schallpegels an die vom Bundesrat festgesetzten Grenzwerte im Vordergrund steht, wird die Abhilfe bei Glockengeläut, dessen Zweck ja gerade darin besteht, gut gehört zu werden, allenfalls in geänderten Betriebszeiten gesehen. Während bei kommerziellen Immissionen auf die wirtschaftliche Tragfähigkeit der Sanierungsmassnahme abgestellt wird, gilt für Kirchen eine allgemeine Verhältnismässigkeitsprüfung. Innerhalb der Interessenabwägung stellt das Bundesgericht auf die Gesamtbevölkerung ab, nicht allein auf diejenigen, die sich durch das Geläut gestört fühlen. Im Ergebnis stützt es die Ansicht der Vorinstanzen, dass ein öffentliches Interesse am Beibehalten hergebrachter Tradition höher bewertet werden könne als das Ruhebedürfnis einzelner Nachbarn. Mit der Anknüpfung an Tradition und lokale Akzeptanz¹⁵ wird eine

¹³ BGer 1A.159/2005 vom 20. Februar 2006 – Glockengeläut Gossau.

¹⁴ BGE 126 II 366 – Reformierte Kirche Bubikon m.w.N.

¹⁵ So bereits BGE 126 II 366 E. 3c S. 371 f. sowie E. 5b und 5c S. 374 f.

Säkularisierung der Rechtfertigung eingeleitet, die sich für die zukünftige Gleichbehandlung von Kirchen und Moscheen als Hindernis auswirken könnte. Je stärker das Glockengeläut grundrechtlich von der Religion losgelöst und an die Tradition angekoppelt wird, desto wahrscheinlicher werden Ungleichbehandlungen im symbolischen Handeln der Religionsgemeinschaften.

Mehrere Entscheide innerhalb des Berichtszeitraums hätten das Bundesgericht zur Qualifikation der Raëlianer als Religionsgemeinschaft bewegen können. Sowohl in einem strafrechtlich eingebetteten Fall (Art. 261^{bis} StGB), bei dem die Bewirtung eines Gastes wegen dessen Gemeinschaftszugehörigkeit verweigert worden war (BGE 131 IV 78), als auch in einem nicht schriftlich publizierten Entscheid über die Versagung einer Plakatkampagne in Neuchâtel¹⁶ weicht das Bundesgericht dieser Frage aus. Kritik verdient dabei im Neuchâtel-Entscheid die pauschale Begründung, Meinungsäusserungs- und Religionsfreiheit unterlägen ja ohnehin derselben Schrankenklausele (E. 3 f.)¹⁷. Die einheitliche Beschränkungsregelung (Art. 36 BV) macht eine Differenzierung zwischen den Schutzbereichen keinesfalls entbehrlich. Mit den spezifischen Schutzgehalten geht eine Typisierung der Schutzintensität einher, die gerade für die Religionsfreiheit im Ergebnis zu strengen Anforderungen an Einschränkungen führt. Wird diese inhaltssensible Typisierung ausgeblendet, so bedeutet das für die Grundrechtsträger eine erhöhte Argumentationslast im Einzelfall. Selbst in schwierigen Fällen sollte darum die Schutzbereichszuordnung entschieden werden und nicht mit einem formalen Hinweis dahingestellt bleiben.

Dieses Differenzierungsgebot gilt auch innerhalb des Schutzbereichs der Glaubens- und Gewissensfreiheit für die Qualifikation als Religion oder Weltanschauung. Zwar sind beide Äusserungsformen der Freiheit geschützt, doch während weltanschauliche Überzeugungen ein breites Spektrum von Bekenntnisintensitäten abdecken, verdient die Religionszugehörigkeit als qualifiziertes, individuell-exklusives und meist durch Initiierung begleitetes Bekenntnis regelmässig einen verstärkten Schutz. Die religiöse Meinungsäusserung, soweit sie wirklich

¹⁶ BGer 1P.336/2005 vom 20. September 2005 – Raëlianer Neuchâtel; zu diesem Entscheid siehe auch hinten, Ziff. VI.2.

¹⁷ Siehe dazu auch die Besprechung von YVO HANGARTNER, in: AJP/PJA 2006, S. 228-232 (230).

eine von religiösen Motiven getragene ist, gewinnt schon kraft dieser Herausstellung ein besonderes Gewicht. In erster Linie hatte das Gericht also zu beurteilen, ob die Raëlianer eine Religionsgemeinschaft im Sinne des Grundrechts bilden. Beim sachlichen Schutzbereich darf dabei das Selbstverständnis der Anhänger nicht ausser Betracht bleiben. Die möglicherweise mit dem Glauben verbundenen Gefährdungen, wie sie in der Aussenperspektive von Sektenstudien deutlich werden, bilden demgegenüber allenfalls rechtfertigende Gründe für die Einschränkung der Freiheit, nicht für die vorrangige Frage der Schutzbereichseröffnung.

Inhaltlich mag die Vereinigung „Raëlianische Religion in der Schweiz“ („Religion raëlian en Suisse“) durch ihr erklärtes Ziel, gute Beziehungen zu Ausserirdischen zu unterhalten, für eine Religion eher untypische Bekenntnisse pflegen. Auch die damit verbundenen Bestrebungen, eine geistig-elitäre Ordnung durch Eugenik und Klonierung zu verwirklichen, zeigen mehr politisch-soziale als religiöse Überzeugung. Immerhin bilden sie eine hinreichend gesamtheitlich angelegte Sichtweise grundlegender Seinsprobleme im Sinne der bisherigen Rechtsprechung zur Glaubens- und Gewissensfreiheit (z.B. BGE 119 Ia 178 E. 4b S. 183). Für den Religionscharakter der Raëlianer spricht zudem, dass die Vereinigung auf einen Stifter zurückgeht, der gleichzeitig als ihr charismatisches Oberhaupt fungiert. Nach dem eigentlichen Spezifikum der Religion hat das Bundesgericht nicht gefragt. Hier hätte darauf abgestellt werden können, dass die Anhänger eine sinnstiftende Erklärung des menschlichen Seins jenseits des rein Rationalen suchen und insoweit das Bekenntnis über die Erkenntnis stellen. Gerade in dieser Nichtbeweisbarkeit zeigt sich die Religion als verletzlich und gesteigert schutzbedürftig, selbst wenn sie thematisch durchaus weltliche Züge trägt und von ihren Anhängern (wie hier) als wissenschaftlicher Religionsersatz bezeichnet wird. Das Bundesgericht hat in seinen früheren Erwägungen zu Scientology (BGE 125 I 369 E. 1b S. 372 ff.) mit Recht einen weiten Religionsbegriff zugrunde gelegt. Im Ergebnis wäre darum auch in den Raëlianer-Entscheiden die Religionseigenschaft zu bejahen gewesen. Die Plakatkampagne in Neuchâtel stellt sich als religiöses Werben dar, nicht als allgemeine Meinungsäusserung.

Wenig überzeugend ist die Hilfsüberlegung des Gerichts, die Beschwerdeführerin habe zwar eine Verletzung der Religionsfreiheit behauptet, aber nicht spezifisch gerügt, dass insoweit striktere Bedin-

gungen an die Beschränkung gerichtet werden müssten als bei der Meinungsfreiheit (E. 4). Damit werden die Anforderungen an die Begründung der Beschwerdeführerin überspannt. Es muss genügen, dass sie das möglicherweise verletzte Grundrecht benennt und die schutzbereichsbezogenen Umstände der Beeinträchtigung darlegt. Selbst die ausdrücklich angeordnete Rügepflicht nach dem neuen Bundesgerichtsgesetz (Art. 106 Abs. 2 BGG) geht darüber nicht hinaus. Grundrechtsdogmatische Argumentationsdetails unterliegen dem Grundsatz *iura novit curia*: „Das Bundesgericht wird auch in Zukunft das Recht von Amtes wegen anwenden, ohne an die Begründung der Parteien gebunden zu sein.“¹⁸

VI. Kommunikationsgrundrechte (Axel Tschentscher)

1. Medienfreiheit

Für Publikationen der Presse ist das Zitatrecht (Art. 25 Urheberrechtsgesetz; URG) eine Schlüsselnorm, durch die der Gesetzgeber die grundrechtliche Kollision zwischen der Eigentumsgarantie einerseits und der Meinungs- und Medienfreiheit andererseits zu einem Ausgleich bringen wollte. Das Bundesgericht äussert sich in BGE 131 III 480 erstmals ausführlich zur verfassungskonformen Auslegung dieser Bestimmung. Sachlich geht es in dem Fall um den unbewilligten, integralen Abdruck eines zuvor im „Tages-Anzeiger“ publizierten Beitrags in der „Schweizerzeit“. Während das Bundesgericht die behauptete Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts (Art. 11 URG) verneint, stimmt es dem Beschwerdeführer hinsichtlich der Urheberrechtsrüge zu. Die Vorinstanz habe der Pressefreiheit nicht ohne weiteres prioritäre Bedeutung einräumen dürfen. Insoweit sei es nicht Sache der Gerichte, Unterschiede des schweizerischen zum deutschen und österreichischen Urheberrecht zu nivellieren. Vielmehr muss zur verfassungskonformen Anwendung von Art. 25 URG ein Interessenausgleich stattfinden, bei dem der Umfang des Zitats durch den Zweck des Zitierens im Einzelfall gerechtfertigt

¹⁸ Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, in: BBl 2001, S. 4202-4479 (4236).

wird. Der inhaltliche Bezug regiert den zulässigen Umfang: wo der Bezug fehlt, ist die Übernahme des Textes nicht mehr durch das Zitatrecht geschützt. Nach altem wie neuem Urheberrecht muss das Zitatmedium die Hauptbedeutung, das Zitatobjekt hingegen die Nebenbedeutung behalten. Gilt das Hauptinteresse hingegen dem zitierten Werk, das nur als Vorwand in einen zitierenden Text eingebettet wird, so liegt ein missbräuchliches Zitat vor.

Der Entscheid des Bundesgerichts hat breite Ausstrahlungswirkung auch jenseits der Pressefreiheit. Ein integraler Nachdruck ganzer Artikel ist nur ganz ausnahmsweise vom Zitatrecht gedeckt. Für Meinungsäusserungen im Internet, die häufig einen vergleichsweise kurzen eigenen Text mit langen einkopierten Passagen aus Werken anderer Autorinnen und Autoren verbinden, zieht die Interpretation des Bundesgerichts eine tendenziell enge Grenze. Dasselbe gilt bei gedruckten Publikationen für die schulische oder universitäre Lehre, wenn sie seitenweise auf Passagen aus fremden Lehrbüchern zurückgreifen. Die frühere Rechtsprechung zum wissenschaftlichen Zitieren nach altem Urheberrecht lässt sich hierauf nicht übertragen.¹⁹ Ausgeschlossen ist insbesondere die Aneinanderreihung von Zitaten zu einem Sammelwerk.²⁰

Ein Entscheid zur verfassungskonformen Auslegung von Strafrechtsnormen (BGE 131 IV 160) führt das Bundesgericht in die Gefilde der Ehrverletzungsdelikte (Art. 173 und 176 StGB).²¹ Die Wochenzeitschrift „Il Caffè“ hatte auf der ersten Seite im Titel von „Korruption“ und „Intrigen“ gesprochen, die dann in einer Reihe von Artikeln und Photos auf den Folgeseiten aufgegriffen wurden. Die strafrechtliche Verurteilung der Verfasser wegen übler Nachrede (Art. 173 StGB) stützte sich nicht auf den Text, sondern auf den Gesamteindruck durch Umbruch, graphische Aufmachung und Photos. Das Bundesgericht betont die Notwendigkeit der verfassungskonformen Auslegung im Spannungsfeld zwischen Medienfreiheit (Art. 17 BV) und Ehrenschutz (Art. 7 und 13 BV). Es hält an seiner bisherigen, in der Literatur kritisierten Auffassung fest, dass der objektive Aussagegehalt aus Sicht eines unbeteiligten Durchschnittslesers zu beurteilen

¹⁹ Vgl. BGE 113 II 306 – Hug-Hellmuth.

²⁰ CHRISTOPH GASSER/MARC O. MORANT, Das Zitatrecht im Lichte von „Kreis vs. Schweizerzeit“, in: sic! 2006, S. 229-241 (234).

²¹ Siehe auch Die Praxis 2006, S. 424-430.

ist. Mit dieser Perspektive vollzieht das Bundesgericht die Beurteilung der Vorinstanz nach und erklärt den Gesamteindruck der graphischen Lösung für strafwürdig. Zeitungsjournalistinnen und –journalisten werden demnach zukünftig nicht nur die Einzelelemente ihrer Publikation, sondern auch deren Arrangement mit Bedacht wählen müssen.

In BGE 131 II 253 stellt das Bundesgericht neuerlich die Autonomie der Medienschaffenden heraus (Art. 17 Abs. 1 und Art. 93 Abs. 3 BV). Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI, Art. 93 Abs. 5 BV) hatte festgestellt, dass das Schweizer Fernsehen DRS in der Sendung „Rentenmissbrauch“ die journalistischen Sorgfaltspflichten verletzt habe (Art. 93 Abs. 2 Satz 3 BV, Art. 4 RTVG). Nach einer Zusammenfassung seiner jüngeren rundfunkrechtlichen Rechtsprechung²² erklärt das Bundesgericht den von der UBI angelegten Massstab für zu streng und hebt den Entscheid der Beschwerdeinstanz auf. Den programmrechtlichen Mindestanforderungen genügt eine Sendung bereits, wenn der mündige Zuschauer durch unsorgfältigen Journalismus nicht manipuliert wird. Auf die fachliche Qualität einer Sendung und die Verbesserungsmöglichkeiten in der ausgewogenen Darstellung kommt es hingegen unabhängig von einer Manipulation nicht an. Ist das Publikum durch das Schlagwort der „Scheininvalidität“ im Rahmen des Wahlkampfes bereits auf Einseitigkeiten vorbereitet, so kann ein Vorwissen angenommen werden, das den Rahmen für anwaltschaftlichen Journalismus und eine bloss summarische Darstellung des Hintergrunds weitert. Die einseitige Zuspitzung der Sendung auf einen Missbrauch durch Ausländerinnen und Ausländer hält das Bundesgericht als dramaturgisch packende Umsetzung mit emotionaler Dimension für gerechtfertigt, solange die Zuschauer fähig blieben, sich eine eigene Meinung zu bilden. Einmal mehr zeigt das Gericht mit diesem Entscheid, dass die rundfunkrechtliche Rechtsaufsicht nicht im Sinne einer inhaltlichen Qualitätskontrolle praktiziert werden darf. Auf derselben Linie liegt BGE 132 II 290, bei dem die Unsachlichkeitsrüge der UBI vom Bundesgericht zurückgewiesen wird, weil es sich bei der Darstellung des Spinnenfängergeräts „SpiderCatcher“ erkennbar um eine humoristische Einlage handelte.

²² Insbesondere BGE 121 II 29 E. 3 S. 33 ff. – „Mansour – Tod auf dem Schulhof“.

Über Fernsehinterviews im Gefängnis äussert sich das Bundesgericht in einem nicht zur Publikation vorgesehenen Entscheid, der sofort die kritische Aufmerksamkeit der Literatur ausgelöst hat.²³ Hier war der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) ein Fernsehinterview mit Damaris Keller, einer Inhaftierten der Strafanstalt Hindelbank, verweigert worden. Die SRG rügte die Verletzung der Meinungs- und Informationsfreiheit, der Medienfreiheit und Rechtsgleichheit. Das Bundesgericht übergeht die Medienfreiheit und lehnt eine Verletzung der Informationsfreiheit und Rechtsgleichheit mit kurzen, rein formalen Begründungen ab. Zur Informationsfreiheit heisst es, dass sich eine Strafanstalt schon wegen der beabsichtigten Unzugänglichkeit nicht als allgemein zugängliche Quelle im Sinne des Grundrechts darstelle (Art. 16 Abs. 3 BV). Zur Rechtsgleichheit wird die SRG darauf verwiesen, dass sie wie andere Medienschaffende ein Interview mit reiner Tonaufzeichnung hätte beantragen können, um dieses dann später mit Bildern zu hinterlegen. Da für alle Medienschaffenden die gleichen Interviewmodalitäten gälten, bedarf es nach Auffassung des Bundesgerichts nicht einmal einer Rechtfertigung, warum Fernsehaufnahmen einen grösseren Organisations- und Kontrollaufwand als Tonbandaufnahmen bedingen.

Zur Oberflächlichkeit dieser Argumentation dürfte beigetragen haben, dass Damaris Keller selbst (noch) kein Gesuch auf Durchführung des Interviews gestellt hatte und auch nicht als Beschwerdeführerin agierte. Sonst wäre deutlicher gewesen, dass es hier nicht um einseitiges Informationshandeln, sondern um Kommunikation und Recherche im Rahmen der sendungsvorbereitenden Gestaltung geht. Einseitig und gegen den Willen der Interviewpartnerin wäre das Vorhaben ohnehin unzulässig. Die konsensuelle Durchführung von Interviews steht seitens der SRG unter dem Schutz der Medienfreiheit, seitens der Inhaftierten unter dem Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit. Jede staatliche Beschränkung der konsensuellen medialen Aufzeichnung ist darum rechtfertigungsbedürftig. Für die Verwirklichung der Freiheit ist auch kein besonderer Leistungsanspruch nötig, sondern allein die Nichtbehinderung des Kontakts zwischen den Kommunikationsparteien genügt. Die Medienfreiheit als Abwehr-

²³ BGer 1P.772/2005 vom 6. Februar 2006 – Damaris Keller; Besprechungen von PETER STUDER, in: *medialex* 2006, S. 107; YVO HANGARTNER, in: *AJP/PJA* 2006, S. 742-745.

recht unterliegt dabei den gesetzlichen Beschränkungen, wie sie in spezifischster Form durch das Gefängnisreglement konkretisiert werden. Die dort enthaltenen Regelungen über den Zugang sind aber ihrerseits im Licht der Medienfreiheit verfassungskonform auszulegen. Das schliesst zwar im Ergebnis nicht aus, dass die Gefängnisleitung ihre Beschränkung mit Blick auf den höheren organisatorischen Aufwand von Fernsehaufnahmen zu rechtfertigen vermag, doch zunächst muss die Rechtfertigungsbedürftigkeit erkannt werden. Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht dies in zukünftigen Fällen nachholt.

Einer der jüngsten Entscheide des Bundesgerichts zur Medienfreiheit schafft etwas Klarheit im schwierigen Feld des Informanten- und Quellenschutzes, den die Bundesverfassung als „Redaktionsgeheimnis“ ausdrücklich gewährleistet (Art. 17 Abs. 3 BV), der Strafrechtsgesetzgeber aber jüngst durch einen weitgehenden Ausnahmekatalog (Art. 27^{bis} Abs. 2 Bst. b StGB) aufgeweicht hat.²⁴ Das Obergericht des Kantons Zürich hatte einen Fall des Ausnahmekatalogs festgestellt, weil die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen wegen einer vorsätzlich falschen Herztransplantation mit Todesfolge ohne die Vernehmung eines Journalisten über dessen Informationsquellen und -inhalte nicht ausreichend geführt werden konnten. Auf die dagegen gerichtete Beschwerde des Journalisten betont das Bundesgericht im Anschluss an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zunächst den demokratiefunktionalen Wert der Wächterfunktion der Medien, für den wiederum der Quellenschutz eine Grundbedingung darstellt. Eine angesichts dieses Gewichts verfassungskonforme Auslegung des Ausnahmekatalogs muss davon ausgehen, dass nicht jede mit den genannten Delikten zusammenhängende Ermittlung, sondern erst der dringende Tatverdacht die Durchbrechung des Redaktionsgeheimnisses in Betracht kommen lässt. Darüber hinaus interpretiert das Bundesgericht die Gesetzesbedingung, dass die Tat „ohne das Zeugnis ... nicht aufgeklärt werden ... kann“ als Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips. Ohne Rücksicht auf den engen Gesetzeswortlaut geht das Gericht interpretatorisch auf dieses Prinzip als allgemeine Grundlage zurück und fordert, die Zeugnispflicht müsse „in einem vernünftigen Verhältnis zur Aufklärung der Straftat stehen, um überhaupt gerechtfertigt zu sein“

²⁴ BGer 6P.45/2006, 6S.89/2006 vom 11. Mai 2006 – Marco Turina.

(E. 6.2). Hier genügt also nicht länger die Nichtaufklärbarkeit mit den übrigen Mitteln, sondern es muss positiv die voraussichtliche Aufklärbarkeit durch das Zeugnis der Medienschaffenden dargelegt werden. Dem hält das Bundesgericht die lange Untersuchungsdauer und die bisher widersprüchlichen Indizien der staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen entgegen, weshalb eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Begehung selbst mit der Zeugnispflicht des Journalisten nicht wahrscheinlich sei. Unter solchen Umständen komme dem Aufklärungsinteresse nicht das „ausserordentliche Gewicht“ zu, das für eine Durchbrechung des Redaktionsgeheimnisses zu fordern sei (E. 6.5).

Der weitgehende Vorrang des Quellenschutzes vor dem Strafverfolgungsinteresse dürfte ganz im Sinne der Medienschaffenden sein, die bei einer schematischen Anwendung des Ausnahmekatalogs hätten befürchten müssen, zu subsidiären Strafverfolgungsorganen zu werden. Durch jedes Scheitern der regulären staatsanwaltschaftlichen Ermittlung wäre im Bereich der relativ breit angelegten Katalogstraftaten die journalistische Mitwirkungspflicht ausgelöst worden. Eine solche Funktionszuweisung hätte langfristig die Informationsbereitschaft der Informanten verringert und die Arbeit der Medien erschwert.

2. Meinungsfreiheit

Wie schon im vorausgegangenen Berichtszeitraum²⁵ musste sich das Bundesgericht in BGE 131 IV 23 wiederum mit der verfassungskonformen Interpretation des strafrechtlichen Tatbestands der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB) im Licht der Meinungsäusserungsfreiheit befassen. Verurteilt worden war der Präsident der Freiheits-Partei (FPS), Jürg Scherrer, der in einer „Medieninformation“ auf der parteieigenen Internetseite die Einwanderer aus dem Kosovo mit Gewaltbereitschaft und Kriminalität in Zusammenhang gebracht hatte. Die Vorinstanz hatte diese Äusserung nach ihrem Kontext unter Berücksichtigung der Perspektive eines Durchschnittsbürgers als pauschale Kriminalisierung einer Bevölkerungsgruppe eingestuft. Dem widerspricht das Bundesgericht in seiner Auseinan-

²⁵ Siehe ZBJV 141 (2005), S. 633-703 (658 ff., 661).

dersetzung mit der Textpassage und fügt ergänzend hinzu, dass die verfassungskonforme Auslegung des Straftatbestandes gerade bei politischen Äusserungen auch einer überspitzt negativen Kritik am Verhalten einzelner Bevölkerungsgruppen Raum geben müsse. Diese demokratiefunktionale Komponente der Meinungsfreiheit erlaubt selbst drastische Äusserungen entgegen jeder *political correctness*, solange die Grenze zur pauschalen Abqualifizierung nicht überschritten wird.

Ebenfalls mit Meinungsäusserungen im Internet beschäftigt sich das Bundesgericht in BGE 131 IV 64. Der Beschwerdeführer war unter anderem wegen Zugänglichmachung von pornographischen Bildaufnahmen an Personen unter 16 Jahren (Art. 197 Nr. 1 StGB) verurteilt worden und berief sich vor dem Bundesgericht auf den künstlerischen Wert seiner Internetseiten (Art. 197 Nr. 5 StGB). Der Vorbehalt etabliert auf der Ebene des Strafgesetzes einen Ansatzpunkt für die verfassungskonforme Anwendung des Pornographieatbestands im Lichte der künstlerisch motivierten Meinungsäusserung (Art. 16 und 21 BV). Das Bundesgericht nimmt die Beurteilung aus der Perspektive eines künstlerisch aufgeschlossenen Betrachters – nicht eines Durchschnittsbürgers – vor. Es kommt gleichwohl zu dem Ergebnis, dass es sich bei den Bildern um Pornographie handelt, weil sie jeweils die Sexualität der Abgebildeten aufdringlich in den Vordergrund rücken. Unter Berufung auf diesen Entscheid beschäftigt sich das Gericht in einem weiteren Fall mit homosexueller Pornographie, die im Internet zwar erst nach Registrierung mit Geburtsdatum einsehbar ist, einen Zugang von Personen unter 16 Jahren aber nicht wirksam ausschliesst.²⁶ Es betont, dass der Straftatbestand nicht gegen die Sexualität als solche gerichtet ist, sondern gegen die vergrößernde Reduzierung der abgebildeten Person zu einem blossen Sexualobjekt. Um so erstaunlicher, dass die Verfassungskonformität der Verurteilung vom Gericht bejaht wird. Der Beschwerdeführer hatte als „Kontaktanzeige“ einen aus dem Hosenschlitz herausragenden erigierten Penis abgebildet. Damit wird keine Person zum Objekt degradiert – schon gar nicht der kontaktsuchende Beschwerdeführer selbst. Die angesichts der gegenwärtigen Internetpraxis plausiblen Einwände der Vorsatzlosigkeit (Art. 18 StGB) und Rechtsirrtümlich-

²⁶ BGer 6S.26/2006 vom 3. Juni 2005 – gaynet.

keit (Art. 20 StGB) weist das Bundesgericht ohne gründliche Prüfung zurück. Im Ergebnis wird diese strenge Rechtsprechung lediglich bewirken, dass die pornographischen Internetinhalte von professionellen Anbietern weiterhin ganz ohne Zugangshindernis auf internationalen Servern einsehbar sind, während unbedarfte Bürger in der Schweiz sich bereits mit zurückhaltenderen Internetseiten strafbar machen. Weder dem Jugendschutz noch dem Rechtsfrieden ist damit gedient.

Die Kommunikation einer Bank mit ihren Kunden betrifft BGE 131 I 425.²⁷ Die Schweizerische Bundesanwaltschaft hatte bei der Bank wegen des Verdachts der Geldwäscherei eines ihrer Kunden ermittelt und in dem Zusammenhang eine unbefristete strafbewehrte Informationssperre verhängt. Das Bundesgericht sieht dadurch unter anderem die Kommunikationsfreiheit der Bank als betroffen an. Die vier Monate später begehrte Aufhebung der Sperre hiess das Bundesstrafgericht entgegen der Weigerung der Bundesanwaltschaft gut. Diesen Entscheid stützt nunmehr das Bundesgericht im wesentlichen aus zwei Gründen. Erstens ist eine Informationssperre in zeitlicher Hinsicht nicht verhältnismässig, wenn sie im Urteilszeitpunkt bereits mehr als ein Jahr aufrecht erhalten wurde. Und zweitens wandelt sich deren Charakter bei langer Dauer von einem einfachen zu einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff, für welchen wiederum die allein in Betracht kommende Generalklausel des Strafprozessrechts (Art. 101 Abs. 2 BStP) keine genügende Grundlage bietet. Für die nähere Zukunft bis zu einer möglichen Änderung des Strafprozessrechts bedeutet dies, dass strafbewehrte Informationssperren im Bank-Kunden-Verhältnis nur befristet verhängt werden dürfen oder nach kurzer Zeit aufgehoben werden müssen.

Eine weitgehende Grundrechtsbeschränkung akzeptiert das Bundesgericht im Entscheid zur Plakatkampagne der Raëlianer in Neuchâtel, den das Gericht, wie erwähnt, als Fall der allgemeinen Meinungsäusserung behandelt, obgleich es sich sachlich um religiöse Werbung handelt.²⁸ Die Polizeidirektion der Stadt hatte die Plakatie-

²⁷ Siehe auch den Beitrag zum gleichen Entscheid von MARKUS MÜLLER, hinten, Ziff. VII.2.; vgl. ausserdem den Besprechungsaufsatz von BENJAMIN BORSODI/VINCENT JEANNERET, L'interdiction faite à la banque de communiquer à son client l'existence de mesures de contrainte visant la relation bancaire, in: AJP/PJA 2006, S. 280-288.

²⁸ BGer 1P.336/2005 vom 20. September 2005 – Raëlianer Neuchâtel. Siehe auch vorne, Ziff. V.

rung auf öffentlichen Flächen verweigert, weil sie die allgemeine Tätigkeit der Bewegung als rechtswidrig und sittenwidrig einstufte. Das religiöse Werbeplakat selbst ist dabei nach Auffassung aller Beteiligten harmlos. Vor der Abbildung von Ausserirdischen und einer fliegenden Untertasse stehen in greller Schriftfarbe die Worte „Le message donné par les extra-terrestres“ sowie „La science remplace enfin la religion“. Anstoss erregt, dass die Gemeinschaft durch Angabe ihrer Telefonnummer und Internetadresse überhaupt im öffentlichen Raum werben will, obgleich sie offen für Klonierung und Elitenherrschaft eintritt. Es handelt sich also um einen Fall der Inhaltskontrolle, bei dem die Inhalte nur mittelbar in den untersagten Äusserungen enthalten sind.

Das Bundesgericht betont zunächst die wesentliche Bedeutung der Meinungsäusserungsfreiheit für die Demokratie, weshalb selbst abweichende Auffassungen toleriert werden müssen. Es streicht für bewilligungspflichtige Aktivitäten heraus, dass die Behörden in der gebotenen Interessenabwägung den ideellen Charakter der Äusserung zu berücksichtigen haben. Dieser ideelle Bezug kommt aber nicht, wie sonst, den Grundrechtsträgern zugute, sondern wird in diesem Fall gegen die Raëlianer gewendet. Die Behörde dürfe, weil zu Werbezwecken die Internetadresse und Telefonnummer angegeben sei, den gesamten Kontext der Äusserung bewerten. Eine Beschränkung der Werbung sei selbst dann zu rechtfertigen, wenn die Ansichten der Gemeinschaft noch nicht hinreichend anstössig seien, um zu deren Auflösung zu führen. Das Bundesgericht betont hier zunächst das Bekenntnis der Raëlianer zu Klonierung und Eliteherrschaft und greift ergänzend auf Verurteilungen wegen Pädophilie zurück, die einzelne Anhänger der Bewegung betreffen und in Verbindung mit Schriften aus den 80er Jahren gebracht werden. Damit, so das Gericht, sei ein hinreichendes öffentliches Interesse an der Verweigerung der Bewilligung belegt. Der Bewegung stehe es frei, andere Wege der Werbung zu beschreiten. Die Werbung im öffentlichen Raum allerdings, so die Hilfsüberlegung, würde den falschen Eindruck erwecken, dass die Behörden die Ansichten der Raëlianer unterstützten.

Begrüssenswerterweise wendet das Bundesgericht ohne weitere Hinterfragung das Kontrollinstrumentarium von Art. 36 BV an und qualifiziert damit die Versagung von öffentlichen Werbeflächen als Eingriff, obgleich die Zurverfügungstellung selbst eine staatliche Leistung darstellt. Ob bei kommerzieller Werbung dasselbe gelten

kann, sei dahingestellt. Jedenfalls für ideelle Äusserungen wie der hier vorliegenden religiösen Werbung ist aber von einem grundsätzlichen Anspruch auf Teilhabe auszugehen, dessen Nichtgewähr einer Rechtfertigung bedarf. Bedenklich ist indes, welche schwache Gründe dem Bundesgericht in diesem Fall zur Rechtfertigung genügen. Dass sich die Behörde mit der Bewilligung eines Plakates nicht automatisch alle Ansichten der publizierenden Gemeinschaft zueigen macht, dürfte der adressierten Öffentlichkeit hinreichend klar sein. Soll die Werbung aber nur wegen des schädlichen inhaltlichen Kontextes verweigert werden, so fragt sich, welche Massstäbe die Stadtpolizei anlegen darf. Das blosses Bekenntnis zu Klonierung und Elitebildung kann, solange es nicht mit strafbaren Handlungen einhergeht, für ein Inhaltsverbot nicht genügen. Würde man auf diesem Weg konsequent weitergehen, dann hätte die Stadtpolizei auch die Befugnis, jede Kritik am geltenden Strafrecht (z.B. im Bereich der Legalisierung leichter Drogen) oder an der egalitären Demokratie zum Anlass für die Versagung zu machen. Am ehesten lässt sich das Ergebnis mit der Bedrohung für Minderjährige begründen, womit letztlich eine typische Sektenproblematik vorliegt. Indem das Gericht der Religionsfrage ausweicht, lenkt es von diesem Problemkern unnötig ab.

3. Versammlungsfreiheit

Die Berner Wegweisungsverfügungen führten in BGE 132 I 49 gleich zu mehreren kommunikationsgrundrechtlichen Klärungen des Bundesgerichts. Gegen die Beschwerdeführer war aufgrund einer neu in das Polizeigesetz eingefügten Vorschrift eine dreimonatige Wegweisungsverfügung ergangen, nachdem sie anlässlich einer koordinierten Aktion der Stadtpolizei angehalten worden waren. Konkreter Anlass war ihre Versammlung in der Bahnhofhalle zum Zweck des gemeinsamen Alkoholkonsums, wodurch – laut Bericht der Stadtpolizei – Unordnung, Abfall und Lärm erzeugt und bei Passanten „Anstoss“ erregt wurde. Den Beschwerdeführern wurde in der strafbewehrten Verfügung untersagt, sich innerhalb des genauer bezeichneten Bahnhofsumfelds „in Personenansammlungen aufzuhalten, in denen Alkohol konsumiert wird.“ Dagegen erhoben die Beschwerdeführer unter anderem die Rügen der Diskriminierung sowie des Verstosses gegen die Bewegungs- und Versammlungsfreiheit.

Für das Verhältnis der Versammlungsfreiheit zur Bewegungsfreiheit hält das Bundesgericht fest, dass anders als bei den bisherigen Wegweisungsfällen die Bewegungsfreiheit nicht betroffen ist.²⁹ Die Vorinstanz hatte das unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Literatur anders gesehen.³⁰ Schon die dort angeführten Kriterien und Präjudizien passten indes nicht genau, weil sie sich jeweils auf Festnahme- und Haftsituationen bezogen, nicht auf Fernhalteanordnungen, Wegweisungsverfügungen oder Rayonverbote.³¹ Allgemein wird man die Bewegungsfreiheit in ihrer traditionellen Schutzrichtung am besten erfassen, wenn man sie als reines Integritätsrecht versteht: Nur die natürliche Freiheit, sich ungehindert von einem Ort *wegbewegen* zu können, ist gemeint. Inhaftierung, Festnahmen oder auch das Anhalten für eine nicht unerhebliche Zeit sind darum rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in die Bewegungsfreiheit. Verstünde man die Bewegungsfreiheit hingegen zusätzlich als Selbstverwirklichungsfreiheit, bei der auch das *Hinbewegen* zu einem Ort erfasst wird, dann gibt es regelmässig eine Überschneidung mit denjenigen Grundrechten, die den Zweck der Bewegung schützen (Hinbewegen zum Versammeln, Hinbewegen zur Nutzung von Grundeigentum, Hinbewegen zur Verwirklichung von Freizeitbedürfnissen, Hinbewegen zu journalistischen Recherchen). Das führt zu argumentativen Unschärfen und intransparenten Differenzierungen, wie die Bundesgerichtsentscheide zum Zürichsee und zu den WEF-Journalisten gezeigt haben.³² Um so begrüssenswerter, dass das Bundesgericht

²⁹ Anders noch BGE 130 I 369 – WEF-Journalist I; 130 I 388 – WEF-Journalist II; BGE 127 I 164 – WEF 2001; 128 I 327 – Fernhalteanordnungen; vgl. dazu ZBJV 141 (2005), S. 633-703 (654 ff.).

³⁰ Die Vorinstanz verweist inhaltlich auf ihren Grundsatzentscheid in einem kurz zuvor behandelten gleichartigen Wegweisungsfall: Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern (Verwaltungsrechtliche Abteilung) vom 17. Mai 2004 (VGE 21758), in: BVR 2005, S. 97-129, E. 6.4 S. 115 f.

³¹ Vgl. die Schutzbereichsbestimmung u.a. bei RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, Art. 10 Rn. 22: “Die Bewegungsfreiheit verschafft dem Einzelnen das Recht, sich nach seinem Willen und ohne staatliche Eingriffe fortzubewegen“. Auch die Entscheide, auf die sich diese Formulierung bezieht (BGE 107 Ia 138 und BGE 113 Ia 177), sind von Wegweisungsfällen zu unterscheiden.

³² BGE 108 Ia 59 – Zürichsee; 130 I 369 – WEF-Journalist I; 130 I 388 – WEF-Journalist II.

im Berner Wegweisungsfall für das Hinbewegen der Beschwerdeführer zum Bahnhof nunmehr die damit verfolgten Zwecke als Massstab des Grundrechtsschutzes wählt, also die verfassungsrechtliche Persönlichkeitsentfaltung (kollektiver Alkoholkonsum) und die Versammlungsfreiheit (Zusammentreffen zur Freizeitgestaltung).

Hinsichtlich der Versammlungsfreiheit betont das Bundesgericht wie schon das Verwaltungsgericht, dass auch unpolitische Zusammenkünfte zu Unterhaltungszwecken den Schutz des Grundrechts geniessen. Hinzuzufügen ist, dass selbst ungeplante Ad-hoc-Treffen das Versammlungsprädikat verdienen, solange irgendeine Gemeinschaftlichkeit der Gruppe daraus fliesst, die sie von der individualistischen Ansammlung (Schaulustige, Marktgedränge, Verkehrsstau) unterscheidbar macht.

Im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung prüft das Bundesgericht zunächst, ob die generalklauselartige Formulierung der Eingriffsgrundlage („wegweisen ..., wenn ... der begründete Verdacht besteht, dass sie ... die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden oder stören“) dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot (Art. 36 Abs. 1 BV) genügt. Mit den Besonderheiten des Polizeirechts als eines situativ vielfältigen Regelungsbereichs wird dies im Ergebnis wie schon bei der bündnerischen Polizeiverordnung bejaht.³³ Rechtfertigend erwähnt das Gericht zudem einen jüngeren Fall, in dem der bernische Regierungsstatthalter eine polizeiliche Wegweisungsverfügung mangels Gefährdungslage aufgehoben hat. Die Wegweisungsbestimmung wächst sich in der konkreten Praxis folglich bisher nicht zu einem schrankenlosen Instrument des Polizeihandelns gegen ungeliebte Gruppen aus. Das Bundesgericht fordert in diesem Zusammenhang eine „zurückhaltende Art und Weise“ der Anwendung, erklärt die Bestimmung selbst aber für verfassungskonform.

Einige Argumentationsschwierigkeiten bereitete dem Bundesgericht der Umstand, dass die Beschwerdeführer bei Erlass der Wegweisungsverfügung zwar Unordnung, Abfall und Lärm verursacht hatten, aber weder durch aggressives Betteln noch durch aktive Behinderung von Passanten aufgefallen waren. Das Gericht betont, es könne den Beschwerdeführern nicht einmal vorgehalten werden, dass

³³ Gleichartige ausführliche Argumentation in BGE 128 I 327 E. 4.2 S. 339 ff. – Kantonspolizeiverordnung GR.

sie die Bahnhofshalle in nicht gemeinverträglicher Weise benützt hätten (E. 7.1). Der Grund für die Wegweisung bestand vielmehr darin, dass „regelmässig und erfahrungsgemäss“ von solchen Gruppen weitergehenden Belästigungen ausgingen (E. 7.2, davor bereits E. 7.1). Die Gefahrenabwehr richtet sich folglich gegen ein typisiertes Sein, nicht gegen ein konkretes Verhalten. Dies lässt das Gericht im Ergebnis genügen, um – recht weitgehend – davon zu sprechen, dass die polizeilichen Massnahmen „an eine konkrete Gefährdung und Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit anknüpfen“ (E. 8.2). Letztlich ist es die Problematik dieser „abstrakten Gruppenhaftung“, auf die das Gericht keine rechte Antwort findet. Eingekleidet in die Prüfung einer indirekten Diskriminierung wegen der Lebensform (E. 8) kann der Aspekt nicht hinreichend gewürdigt werden, weil die alkoholkommunikativen Bahnhofsbesucher zu disparat sind, um an den Grad der Geschlossenheit heranzureichen, den beispielsweise Homosexualität als Referenzbeispiel der normativ gemeinten „Lebensform“ vermittelt. Eine Prüfung der Rechtsgleichheit, auf die das Bundesgericht verzichtet, hätte immerhin die in grösseren Gruppen Alkohol trinkenden Beschwerdeführer mit den einzelnen Alkoholkonsumenten am Bahnhof vergleichen können, denen keine Wegweisung droht, weil das Gesetz insoweit eine „Ansammlung“ voraussetzt (Art. 29 Bst. b PolG BE). Hierzu wäre als sachlicher Grund für die Differenzierung allerdings die unterschiedliche Gefährdung von Gruppen- und Einzelaktivitäten anzuführen gewesen. Mithin lässt sich der Problemerkern gleichheitsrechtlich nicht würdigen.

Was die Massnahme unter dem freiheitsrechtlichen Gesichtspunkt verdächtig macht, ist das verstärkte Ausgesetztsein gegenüber koordinierten Polizeiaktionen, die an die Gruppenzugehörigkeit statt an das individuelle Verhalten anknüpfen. Das Verwaltungsgericht hatte dieses Problem in seinem Grundsatzentscheid angetönt, indem es die Begründung der Stadtpolizei, eine Person habe sich in einer Gruppe von „Randständigen“ aufgehalten, als „nicht unproblematisch“ wegen der damit verbundenen „stereotypen Wertvorstellungen oder Vorurteile[n]“ bezeichnete.³⁴ Dieser Einschätzung, die vom Bundesgericht leider nicht weiter verfolgt wurde, ist zuzustimmen. Problematisch ist nicht, dass der Polizei überhaupt (wie immer bei general-

³⁴ Vgl. den Grundsatzentscheid des Verwaltungsgerichts: VGE 21758 (Fn. 30), E. 6.2.8 S. 114.

klauselartigen Ermächtigungen) ein breiter Ermessensspielraum eingeräumt wird: Wäre für jede individuelle Wegweisung eine konkrete Störung durch den Weggewiesenen vorausgesetzt, so hätte die betroffene Person es trotz polizeilicher Spielräume selbst in der Hand, den Eingriff zu vermeiden. Problematisch ist auch nicht, dass die Eingriffsermächtigung an ein Gruppenverhalten anknüpft, denn es stimmt sehr wohl, dass von Gruppen eher Beeinträchtigungen für die übrigen Passanten ausgehen können als von Einzelpersonen. Problematisch ist hingegen, wenn die Gruppenverantwortlichkeit mit einer Typisierung verbunden wird, durch die sich die Polizei einer ungeliebten Gruppenpräsenz entledigen kann, ohne sonderlich konkrete Gründe dafür angeben zu müssen. Mit Recht verlangt das Bundesgericht hier eine sehr zurückhaltende Praxis, die allein verfassungskonform sein dürfte. Dieses Zurückhaltungsgebot gilt auch auf den Zeitraum der Wegweisung, der im Gesetz äusserst vage mit „vorübergehend“ identifiziert wird. Unerfindlich ist insoweit, warum das Gericht unter dem Gesichtspunkt der zeitlichen Erforderlichkeit akzeptiert hat, dass die Stadtpolizei bereits bei ihrer ersten „koordinierten Aktion“ gegen die Beschwerdeführer einen Dreimonatszeitraum für die Wegweisung gewählt hat (E. 7.2).