ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 1/2019

Information
information
information

Raphaela Cueni
Falsche und irreführende Informationen im Verfassungsrecht der Schweiz

Pauline Monod
L'obligation d'informer la population en matière d'aménagement du territoire

Matthias P. A. Müller
Informationsrechte des Aktionärs

Adrien Bastian
La Chambre administrative du Canton du Léman (1798–1803) : une école de gouvernement

David Rechsteiner
Notrecht und mehr

DIKE

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Falsche und irreführende Informationen im Verfassungsrecht der Schweiz

Raphaela Cueni 3

L'obligation d'informer la population en matière d'aménagement du territoire

Pauline Monod 18

Informationsrechte des Aktionärs

Würdigung des Entwurfs für ein neues Aktienrecht

Matthias P. A. Müller 27

La Chambre administrative du Canton du Léman (1798–1803) : une école de gouvernement

Résumé de thèse de doctorat

Adrien Bastian 36

Notrecht und mehr

Die Bewältigung von Katastrophen und anderen besonderen und ausserordentlichen Lagen – Dissertationsbesprechung

David Rechsteiner 38

Falsche und irreführende Informationen im Verfassungsrecht der Schweiz

Raphaela Cueni*

SCHLAGWÖRTER Verfassungsrecht, Kommunikationsgrundrechte, Fake News, Wahrheit, Information

ZUSAMMENFASSUNG Falschinformationen tragen zur öffentlichen Meinungsbildung bei und sind deshalb verfassungsrechtlich geschützt. In ausgewählten Bereichen gelten jedoch aufgrund erhöhter Manipulationsgefahr besondere Regeln im Umgang mit Falschinformationen. Diese illustrieren Möglichkeiten und Grenzen allfälliger neuer Regelungen diese Informationen betreffend.

RÉSUMÉ La constitution fédérale protège également des informations fausses ou trompeuses. Pourtant, le droit a identifié des sphères sensibles où la formation des opinions est particulièrement prédisposée aux manipulations, ce qui appelle à des règles plus restrictives. Ces règles indiquent de possibles nouveaux modes de régir des informations fausses.

ABSTRACT Wrong and misleading information is constitutionally protected as it contributes to public discussion and truth finding. However, constitutional law identifies areas where decision-making is particularly prone to manipulation and where special rules therefore apply. These illustrate possible ways of regulating new phenomena of misinformation.

I. Ausgangslage

Spätestens seit den US-amerikanischen Präsidentschaftswahlen vom Herbst 2016 sind «Fake News»[1] in der öffentlichen Wahrnehmung omnipräsent[2]; Falschinformationen und irreführende Äusserungen scheinen laufend zuzunehmen und zu einer Art neuer, bedrohlicher Normalität zu werden.[3] Eine Studie, die nun belegt, dass sich falsche Nachrichten auf Twitter weiter, schneller und tiefer verbreiten als andere Informationen[4], wirkt auf Befürchtungen im Zusammenhang mit der Zunahme und praktischen Relevanz von Falschinformationen alles andere als beruhigend.

Vor diesem Hintergrund zumindest scheinbar neuer Gefahren[5] liegt der Schritt nahe, dem Schädigungspotenzial, welches durch falsche und irreführende Informationen insbesondere verbreitet über soziale Netzwerke und

* Dr. iur., LL.M., Postdoktorandin und Lehrbeauftragte im Fachbereich Öffentliches Recht, Juristische Fakultät Universität Basel, raphaela.cueni@unibas.ch.

1 Im vorliegenden Beitrag wird fortan bewusst auf die Verwendung des Terminus «Fake News» verzichtet. Bei letzterem handelt es sich um einen Begriff, welcher heute weniger die wortwörtliche Übersetzung von «Falschinformation» ist als die Bezeichnung für diejenige Information, welche aus politischer Opportunität als nicht korrekt gelten soll. Mit Bezug auf die Einschätzung des Terminus «Fake News» ähnlich Sorough Vosoughi/Deb Roy/Sinan Aral, The spread of true and false news online, Science 359/2018, 1146.

2 Für Beispiele von Falschinformationen etwa New York Times, Facebook and the Digital Virus Called Fake News, 19. November 2016: https://www.nytimes.com/2016/11/20/opinion/sunday/facebook-and-the-digital-virus-called-fake-news.html oder Tagesanzeiger, Trump und der Papst – die schlimmste Lüge im Wahlkampf, 17. November 2016: https://www.tagesanzeiger.ch/us-wahl/Trump-und-der-Papst--die-schlimmste-Luege-im-Wahlkampf/story/10973453.

3 Die Aktualität der Diskussion widerspiegelt auch, dass «Fake News» im Jahr 2016 zum Wort des Jahres und «postfaktisch» zum internationalen Wort des Jahres gekürt wurde. Siehe NZZ, «Fake News» zum Sieger gekürt, 31. Januar 2017: https://www.nzz.ch/panorama/anglizismus-des-jahres-2016-fake-news-zum-sieger-gekuert-ld.142776. Im Jahr 2017 wurde in Deutschland die Wendung «alternative Fakten» zum «Unwort des Jahres». Siehe NZZ, «Unwort des Jahres 2017»: «Alternative Fakten» werden splitternackt gegeisselt, 16. Januar 2018: https://www.nzz.ch/feuilleton/ein-huellwort-wird-splitternackt-gegeisselt-ld.1348018.

4 Vosoughi/Roy/Aral (Fn. 1), 1146 ff.

5 Scheinbar, da die Verbreitung bewusst falscher Informationen in sich nicht neu ist, aber durch die Viralität der Verbreitung über soziale Netzwerke und allenfalls auch durch geändertes Verhalten im Medienkonsum diese Verbreitung eine neue Dynamik erhält. Vgl. zu «Fake News» als «neues» Phänomen auch den Bericht des Bundesrats, Rechtliche Basis für Social Media: Erneute Standortbestimmung vom 10. Mai 2017, 11 ff.

andere Internetdienste entstehen könnte, mittels neuer rechtlicher Regeln oder anderer Formen der Regulierung zu begegnen.[6] Im folgenden Beitrag soll im Sinne einer Vorfrage zu allfälligen neuen rechtlichen Regelungen zum Umgang mit Falschinformationen der Frage nachgegangen werden, wie das Verfassungsrecht mit falschen und irreführenden Äusserungen umgeht und welches die Gründe für bestehende oder allenfalls zu entwickelnde Regeln sind. In diesem Zusammenhang soll der vorliegende Beitrag zunächst den Wert von falschen und irreführenden Informationen benennen und darlegen, welche Ansätze das Verfassungsrecht für den Umgang mit Falschinformationen bereithält. Eine Analyse wird zeigen, dass die Kommunikationsgrundrechte bereits jetzt Antworten für spezifische, durch falsche und irreführende Informationen geschaffene Bedrohungslagen bereit haben. Diese betrachtend lassen sich Kriterien identifizieren, nach welchen in verfassungskonformer Weise auf allenfalls neue Gefahrenlagen reagiert werden kann. Nicht Thema des Beitrags ist der Umgang der Rechtsordnung mit diskriminierenden Äusserungen.

II. Wahrheitsfindung als eine Funktion der Kommunikationsgrundrechte

Die Kommunikationsgrundrechte erfüllen unterschiedliche individuelle und gesellschaftliche Funktionen.[7] Diesen ist gemeinsam, dass sie – einzeln betrachtet, aber vor allem kombiniert – Gründe für den verfassungsrechtlichen Schutz von Kommunikation darlegen und die besondere Stellung der Kommunikationsgrundrechte im System der Grundrechte insgesamt[8] erklären können. Im Zusammenhang mit der Frage des Schutzes von falschen und irreführenden Informationen liefern primär die Überlegungen zur Wahrheitsfindung als eine der Funktionen der Kommunikationsgrundrechte die relevanten Begründungsansätze für den Schutz dieser Äusserungen.

A. John Stuart Mill: Of the Liberty of Thought and Discussion

Erklärungen zum Schutz der Meinungsfreiheit, wie wir sie heute kennen, gehen im Wesentlichen zurück auf John Stuart Mills Werk *On Liberty*.[9] In diesem 1859 erschienenen Traktat legt Mill insbesondere dar, weshalb Meinungsfreiheit in einer Gesellschaft, welche auf selbstständig und frei agierenden Individuen aufbaut, sowohl für wahre als auch für unwahre Äusserungen unerlässlich ist.

In einer dreigeteilten Argumentation führt Mill zunächst aus, dass Menschen und damit auch von Menschen geschaffene staatliche Institutionen fehlbar sind und deshalb im Grundsatz immer davon auszugehen ist, dass eine für richtig gehaltene Meinung auch falsch sein könnte und sich eine für falsch gehaltene Meinung als richtig erweisen kann.[10] Entsprechend stellt die Einschränkung von als falsch erachteten Äusserungen ein potenzielles Hindernis für die Wahrheitsfindung dar. Während diese erste Argumentation vor allem ein deutliches Misstrauen gegenüber staatlicher Macht zur Regulierung der Meinungsbildung zum Ausdruck bringt[11], legt Mill in einem zweiten Schritt dar, weshalb falsche Äusserungen einen Wert haben, selbst wenn davon auszugehen ist, dass die für richtig gehaltene Information oder Position auch tatsächlich richtig ist. So könne der Beitrag falscher Äusserungen zur

6 Siehe aktuell etwa das entsprechende französische Gesetz (LOI n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information) oder der Code of Practice on Disinformation der EU (abrufbar unter: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation). Obwohl nicht auf Falschinformationen ausgerichtet, ist auch das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz zumindest durch entsprechende Befürchtungen bezüglich falscher und irreführender Informationen motiviert. Dazu Wolfgang Schulz, Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – The Case of the German NetzDG, HIIG Discussion Paper Series 2018-01, 5.

7 Eingehende Übersichten finden sich primär in der US-amerikanischen Literatur. Siehe etwa Eric Barendt, Freedom of Speech, 2. Aufl., Oxford 2005, 6 ff.; Kent Greenawalt, Free Speech Justifications, Colum. L. Rev. 1989, 119 ff.; Frederick Schauer, Free Speech. A Philosophical Enquiry, Cambridge/New York 1982, 15 ff. Mit einem Überblick auf Deutsch Raphaela Cueni, Schutz von Satire im Rahmen der Meinungsfreiheit, Diss. Basel 2018, Zürich/St. Gallen 2019, 117 ff.

8 Vgl. BGE 96 I 586, 592, E. 6; BSK BV-Hertig, Art. 16 N 4; Kley/Tophinke, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV, N 2; Tobias Jaag, «Preferred Freedoms» im schweizerischen Verfassungsrecht, in: Andreas Auer/Piermarco Zen-Ruffinen (Hrsg.), De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel/Frankfurt a.M. 1996, 355 ff.

9 John Stuart Mill, On Liberty, AUK Classics, Luton 2014, 22 ff. Vor Mill lieferten bereits John Milton (Areopagitica. A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicens'd Printing. To the Parlament of England) im 17. Jahrhundert und in den Vereinigten Staaten u.a. James Madison (Federalist No. 10) im 18. Jahrhundert Argumente für eine zensurfreie Presse bzw. für einen verfassungsrechtlichen Schutz von Meinungsäusserungen. Die zentralen und auch heute noch überzeugenden Argumente für einen Schutz auch von falschen Meinungsäusserungen finden sich jedoch in dieser Deutlichkeit erstmals bei Mill.

10 Mill (Fn. 9), 23 ff.

11 Vgl. etwa Barendt (Fn. 7), 21.

Wahrheitsfindung darin liegen, dass durch ihr Anhören und ihre Diskussion die Diskursteilnehmer dazu gezwungen sind, sich über ihre eigene Position besonders klar zu werden und besonders gut zu begründen, weshalb die für wahr oder richtig gehaltene Meinung oder Information tatsächlich richtig ist.[12] Nicht zuletzt, so Mills Argument, seien Meinungen und Informationen selten nur wahr respektive vollständig falsch. Deshalb sei das Zulassen aller Äusserungen auch eine Chance, dass sich mehrere teils richtige und teils falsche Ansichten im Diskurs gegenseitig beeinflussen und so im Ergebnis zu besseren Einsichten führen können.[13] Mills Beitrag zur Meinungsfreiheit unterstreicht damit, dass Wahrheit nicht Ausgangspunkt, sondern Ergebnis des Meinungsbildungsprozesses ist. Dabei verfällt die Argumentation jedoch nicht in einen vollständigen Relativismus im Sinne, dass Wahrheit und Unwahrheit reine Definitionssache sei. Der Ansatz geht davon aus, dass sich als Ergebnis von Meinungsbildungsprozessen provisorische Wahrheiten und Unwahrheiten bilden, dass diese aber erst durch ständige Diskussion in der Gesellschaft gefunden werden und sich in dieser Diskussion ständig weiterentwickeln.

Mills Argument der Wahrheitsfindung durch Diskussion ist allerdings nicht zu missverstehen als eine Konzeption von einem «Marktplatz der Ideen», in welchem durch absolute Freiheit die beste und richtigste Äusserung im Kampf mit anderen Meinungen immer obsiegt.[14] So basieren die Argumente explizit auf dem Bewusstsein, dass «Wahrheit» nicht *per se* stärker ist als falsche Informationen und Meinungen.[15] Auch geht die Argumentation davon aus, dass Menschen und gesamte Generationen «Wissen» und Meinungen für wahr und richtig erachten, welche später widerlegt werden.[16] Mills Ansatz anerkennt und nimmt somit auch in Kauf, dass das Resultat einer freien öffentlichen Debatte auch falsch sein kann. Der Wert der Meinungsfreiheit als Mittel zur Wahrheitsfindung liegt deshalb nicht in der unmittelbaren und eindeutigen Generierung von sicheren Wahrheiten in jedem Einzelfall, sondern in der Schaffung eines Prozesses der ständigen Diskussion, der Bestätigung und Falsifikation von Meinungen und Informationen, in welchem sich Wahrheit über längere Zeit durchsetzen kann.

Diese dargestellte Argumentation zum Schutz von Äusserungen unabhängig von ihrem Wahrheitsgehalt gilt nach der hier vertretenen Auffassung sowohl für Meinungen in einem engeren Sinn – verstanden als Wertungen – als auch für rein tatsachenwiedergebende Information und jede Form der Äusserung auf dem Spektrum zwischen den beiden Extremen.[17] Dafür sprechen nicht nur Zweifel an der Möglichkeit, Informationen von Meinungen strikt zu trennen, sondern vor allem die Tatsache, dass eine entsprechende Unterscheidung in Meinungsäusserungen und Äusserungen über Tatsachen respektive «Information» dem Verständnis der Meinungsfreiheit sowohl nach Art. 16 BV[18] als auch nach Art. 10 EMRK[19] zumindest auf der Ebene des Schutzbereichs fremd ist: Als Meinungen geschützt werden «die Gesamtheit der Mitteilungen menschlichen Denkens und alle möglichen Kommunikationsformen»[20], worunter ge-

12 Mill (Fn. 9), 38 ff.

13 Mill (Fn. 9), 47 ff.

14 Die Marktplatz-Metapher geht bezüglich des Begriffs eines Marktes zurück auf Oliver W. Holmes' abweichende Meinung im Urteil Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (Holmes J., dissenting; «[…] when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.»). Weder Holmes' Aussage und insbesondere auch nicht Mills *On Liberty* kann jedoch die Idee entnommen werden, wonach ein total deregulierter Meinungsmarkt die richtigsten und besten Ergebnisse zur Folge hat.

15 Mill (Fn. 9), 33 («It is a piece of idle sentimentality that truth, merely as truth, has any inherent power denied to error, of prevailing against the dungeon and the stake. Men are not more zealous for truth than they often are for error, and a sufficient application of legal or even of social penalties will generally succeed in stopping the propagation of either. The real advantage which truth has, consists in this, that when an opinion is true, it may be extinguished once, twice, or many times, but in the course of ages there will generally be found persons to rediscover it, until some one of its reappearances falls on a time when from favourable circumstances it escapes persecution until it has made such head as to withstand all subsequent attempts to suppress it.»).

16 Mill (Fn. 9), 24 («Yet it is as evident in itself, as any amount of argument can make it, that ages are no more infallible than individuals; every age having held many opinions which subsequent ages have deemed not only false but absurd; and it is as certain that many opinions, now general, will be rejected by future ages, as it is that many, once general, are rejected by the present.»).

17 Kritisch zur Relevanz des Arguments für unterschiedliche Arten von Äusserungen Barendt (Fn. 7), 10 f. Vgl. mit einer Einordnung der Kritik Schauer (Fn. 7), 30 ff.

18 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

19 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK, SR 0.101).

20 BGE 127 I 145, 152, E. 4b. Vgl. Auch BGE 117 Ia 472, 478, E. 3c («Der Begriff der Meinung wird weit gefasst. Es sind darunter nicht nur die Ergebnisse von Denkvorgängen sowie rational fassbar und mitteilbar gemachte Überzeugungen in der Art von Stellungnahmen, Wertungen, Anschauungen,

rade auch reine Information fällt.[21] Deshalb werden hier folgend die Begriffe «Falschinformation» und «irreführende oder falsche Äusserung» synonym verwendet für eine Art der Äusserung, welche Aspekte der Wirklichkeit entweder falsch, scheinbar falsch oder in ähnlicher Weise irreführend wiedergibt oder präsentiert. Ob es sich dabei um Information im engeren Sinne oder um durch persönliche Meinungen und Wertungen beeinflusste Äusserungen handelt, ist für die verfassungsrechtliche Frage des Schutzes von Falschinformationen nach hier vertretener Ansicht primär nicht relevant.

B. Mill in der Rechtsprechung zur Schutzwürdigkeit von Falschinformation

Die geschilderten Überlegungen Mills zur Schutzwürdigkeit auch von falschen und irreführenden Äusserungen widerspiegeln sich heute in grundlegender Weise in der Umschreibung des Schutzbereichs der Kommunikationsgrundrechte, insbesondere der Meinungsfreiheit nach Art. 16 BV und Art. 10 EMRK.

Die Literatur in der Schweiz geht davon aus, dass sich der Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte auch auf irreführende und bewusst falsche Äusserungen erstreckt[22], und auch das Bundesgericht schützt diese Äusserungen zumindest implizit in ständiger Rechtsprechung.[23] Gleichermassen schützt auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) unter Art. 10 EMRK sowohl Meinungen als auch Informationen und letztere auch, wenn sie falsch oder bewusst irreführend sind.[24] Ein an Mill angelehnter grundrechtlicher Schutz von Falschinformation zeigt sich zudem plastisch auch in Rechtsprechung des US Supreme Court, welche zumindest in den Grundzügen auch Grundlage der entsprechenden Rechtsprechung des EGMR ist und über den Gerichtshof und seine Urteile zu Art. 10 EMRK auch Einfluss auf die Ausgestaltung von Art. 16 BV nimmt.[25]

Allerdings äussern sich weder der EGMR noch das Bundesgericht explizit zum Zweck des Schutzes auch von falschen und irreführenden Informationen.[26] Aus der Tatsache, dass auch diese Äusserungen geschützt werden, lässt sich jedoch sinnvollerweise schliessen, dass sich darin ein an Mill angelegtes Verständnis der Meinungsfreiheit reflektiert. Entsprechend sind die Argumente, Gedanken und Schlussfolgerungen zum Schutz von Meinungsäusserungen, wie sie in *On Liberty* skizziert werden, als grundlegende Überlegungen zur Auslegung und Begründung des weiten Schutzbereichs von Art. 16 BV heranzuziehen. Die Meinungsfreiheit nach Art. 16 BV ist deshalb zunächst und insbesondere zu verstehen als Ausdruck der Einsicht, dass es nicht Aufgabe des Staates ist, Meinungen aufgrund ihrer Wahrheit oder Falschheit zu regulieren, sondern sich Wahrheiten im freien gesellschaftlichen Diskurs über eine längere Zeit möglichst ohne staatliche Eingriffe entwickeln und ändern sollen.[27] Dieser Konzeption der Kommunikationsgrundrechte ist zudem inhärent, dass auch Meinungsäusserungen geschützt sind, die irreführen, Falsches suggerieren und potenziell schädigend sind. Der Schutz auch von Falschinformation bedeutet jedoch nicht, dass Meinungen deswegen absolut zu schützen wären: Wie Meinungsäusserungen allgemein, können auch falsche und irreführende Äusserungen eingeschränkt werden.

Auffassungen und dergleichen zu verstehen, sondern auch das Kunstschaffen und dessen Erzeugnisse.»). Gleiches ergibt sich auch aus der Terminologie des EGMR seit EGMR (PL) Handyside v. United Kingdom (7. Dezember 1976), 5493/72, § 49 (1976): «It [freedom of expression] it is applicable not only to ‹information› or ‹ideas› that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population.».

21 Giovanni Biaggini, BV-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 16 N 6; Kley/Tophinke, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV, N 5; Roberto Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Diss. Zürich 2004, 185. Vgl. zu Art. 10 EMRK Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München 2016, § 23 N 4.

22 Biaggini, BV-Kommentar (Fn. 21), Art. 16 N 6; BSK BV-Hertig, Art. 16 N 9; Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 393: Peduzzi (Fn. 21), 185 ff.

23 Implizit etwa BGE 131 IV 23, 27 f., E. 3. Deutlicher im Kontext des Quellenschutzes BGE 136 IV 145, 152, E. 3.5.

24 Etwa EGMR Barthold v. Germany (25. März 1985), 8734/79, § 42. Vgl. Grabenwarter/Pabel (Fn. 21), § 23 N 5.

25 Hervorzuheben ist der wegweisende Entscheid New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, 271 f. (1964) («[E]rroneous statement is inevitable in free debate, and […] it must be protected if the freedoms of expression are to have the ‹breathing space› that they ‹need … to survive›.»). Vgl. etwa David Harris/Michael O'Boyle/Ed Bates/Carla Buckley et al. (Hrsg.), Law of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., Oxford 2018, 693 ff. (mit Kategorien besonders geschützter Äusserungen).

26 In der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR stehen die demokratische Funktion und die Funktion der selbstbestimmten Entfaltung des Individuums im Vordergrund: Siehe etwa BGE 96 I 586, 592, E. 6; EGMR GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland (9. Januar 2018), 18597/13, § 51; EGMR (PL) Handyside v. United Kingdom (7. Dezember 1976), 5493/72, § 49.

27 Deutlich ist dies insb. im Rahmen von Art. 34 Abs. 2 BV. Vgl. etwa BGE 140 I 338, 342, E. 5; BGE 135 I 292, 293 f., E. 2.

Zur Schutzwürdigkeit von unwahren Äusserungen und zur Frage der Zulässigkeit ihrer Einschränkung äussert sich das Bundesgericht primär in straf- und zivilrechtlichen Fällen. Dabei geht das Gericht von einer grundsätzlichen Schutzwürdigkeit auch von falschen Äusserungen aus und begründet dies im Rahmen der Beurteilung einer rassendiskriminierenden Äusserung insbesondere mit der an Mill angelehnten Überlegung, dass es in «öffentlichen Debatten […] oft nicht von Anfang an möglich [sei], eindeutig zwischen unwahrer, halbwahrer und begründeter Kritik zu unterscheiden».[28] Aus grundrechtlicher Sicht weniger überzeugend ist der Umgang des Bundesgerichts mit Falschinformationen bei persönlichkeitsverletzenden falschen Äusserungen im Rahmen von Art. 28 Abs. 2 ZGB.[29] Das Gericht unterscheidet in diesem Kontext zwischen «wahren» und «unwahren» Äusserungen über Tatsachen. Während erstere «grundsätzlich durch den Informationsauftrag der Presse gedeckt» seien, sei «[d]ie Veröffentlichung unwahrer Tatsachen […] demgegenüber an sich widerrechtlich». Das Bundesgericht begründet dies damit, dass «an der Verbreitung von Unwahrheiten […] nur in seltenen, speziell gelagerten Ausnahmefällen ein hinreichendes Interesse bestehen [könne]».[30] Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist diese Rechtsprechung zu präzisieren: Sicher richtig ist, dass bei beweisbar und belegten falschen Informationen ein Argument zu ihrem Schutz wegen ihrer möglichen «Richtigkeit» regelmässig nicht passend ist.[31] Der Beitrag zur Wahrheitsfindung ist bei diesen Äusserungen weniger direkt und die Annahme, dass diese deshalb weniger schutzwürdig seien, ist so begründbar. Hinzu kommt, dass persönlichkeitsverletzenden unwahren Äusserungen regelmässig gewichtige Interessen gegenüberstehen, welche eine Einschränkung im Einzelfall rechtfertigen können. Allerdings haben auch falsche und irreführende Äusserungen – wie oben dargelegt – in einer öffentlichen Diskussion ihren Wert (sie verlangen nach einer besonders stringenten Begründung gegenüberstehender richtiger Äusserungen) und tragen so mittelbar zur Entwicklung von Wahrheiten bei. Insofern ist die Aussage, dass an unwahren Informationen grundsätzlich kein öffentliches Interesse bestehe, aus verfassungsrechtlicher Sicht zumindest höchst unpräzise. Im Ergebnis ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts deshalb insoweit korrekt, als dass falsche und irreführende Informationen (oder in der Terminologie des Gerichts «die Verbreitung unwahrer Tatsachen») im Konflikt mit konkreten gegenstehenden Interessen, insbesondere dem Persönlichkeitsrecht, regelmässig weniger schutzwürdig erscheinen als wahre Informationen. Es ist jedoch mit Blick auf die Funktion der Kommunikationsgrundrechte unzutreffend, derartigen Äusserungen einen gesellschaftlichen Wert *per se* abzusprechen.

Es lässt sich somit festhalten, dass in der Lehre und Rechtsprechung der Schutz auch von falschen und irreführenden Informationen grundsätzlich unbestritten ist. Eine derartige Konzeption der Kommunikationsgrundrechte lässt sich diesbezüglich sinnvollerweise nur mit Mill begründen, weshalb dessen Argumente zum Zweck des Schutzes falscher Äusserungen bei Fragen der Auslegung der Meinungsfreiheit im Zusammenhang mit falschen und irreführenden Informationen zu berücksichtigen sind.

III. Verfassungsrechtlicher Umgang mit falschen und irreführenden Informationen

Obige Ausführungen haben gezeigt, dass falsche und irreführende Informationen Teil des Meinungsbildungs- und auch des Wahrheitsfindungsprozesses sind und entsprechend nicht rein aufgrund ihrer «Falschheit» untersagt werden können. Nun ist darauf einzugehen, welche Antworten dieser Ansatz auf Fragen zum Umgang mit falschen und irreführenden Informationen auf verfassungsrechtlicher Ebene bereitstellen kann und im Rahmen welcher Überlegungen und Grundsätze bestehende rechtliche Regeln allenfalls weiterzuentwickeln sind.

A. Allgemeine Grundsätze zum Umgang mit falschen und irreführenden Äusserungen

1. Grundrechtlicher Schutz von falschen und irreführenden Informationen

Eine der zentralen Folgen eines Verständnisses der Kommunikationsgrundrechte aufbauend auf Mill ist ein breiter Meinungsbegriff, der Äusserungen unabhängig von ihrer Wertigkeit und ihrem Wahrheitsgehalt umfasst. Wie oben dargelegt, schützen die Kommunikationsgrundrechte, insbesondere die Meinungsfreiheit nach Art. 16 BV, auch falsche und irreführende Äusserungen. Damit unterscheiden sich die Art. 16 ff. BV beispielsweise von der entsprechenden Garantie im Deutschen Grundgesetz. Bewusst oder erwiesen falsche Äusserungen über Tatsachen sind nach Rechtsprechung und weiterhin herrschen-

28 BGE 131 IV 23, 28, E. 3.1. Vgl. auch BGE 136 IV 145, 152, E. 3.5.

29 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

30 BGE 138 III 641, 643, E. 4.1.1 f. Vgl. BGE 127 III 481, 491, E. 2c/cc; BGE 126 III 209, 213 E. 3a.

31 Vgl. Schauer (Fn. 7), 30 ff.

der Lehre von der Garantie von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG[32] ausgenommen.[33] Dieser Ansatz wird jedoch auch kritisiert, insbesondere dahingehend, dass beinahe jede Äusserung über Tatsachen auch zur Meinungsbildung beitrage.[34] Die Konzeption von Art. 16 BV erscheint gerade in diesem Vergleich als die konsequentere Umsetzung eines Millschen Verständnisses der Kommunikationsgrundrechte und wird als solches nicht nur der Funktion der Meinungsfreiheit eher gerecht, sondern verhindert vor allem auch alles entscheidende Abgrenzungsfragen auf der Ebene des Schutzbereichs der Grundrechte.

Allerdings ist auch der weite Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte nach Art. 16 ff. BV nicht unbeschränkt. Im Rahmen einer Diskussion des Schutzes von Falschinformationen sind so der Schutz wirtschaftlicher Äusserungen sowie die Abgrenzung zu rein funktionalen Äusserungen anzusprechen:

Werbung, Angaben über angebotene Produkte oder Dienstleistungen und andere Informationen zur Verkaufsförderung sind Äusserungen, welche auf den Abschluss einer wirtschaftlichen Transaktion zielen. Sie verfolgen einen kommerziellen Zweck und sind in der Schweiz grundsätzlich nicht unter der Meinungsfreiheit, sondern unter der Wirtschaftsfreiheit geschützt.[35] Anders als beim Schutz ideeller Äusserungen unter Art. 16 BV stehen beim Schutz kommerzieller Äusserungen unter Art. 27 BV primär Anliegen zur Garantie der Grundlagen eines funktionierenden Wettbewerbs im Vordergrund.[36] In diesem Zusammenhang sind Argumente zum Schutz von Äusserungen als Teil eines freien gesellschaftlichen Diskurses zur Wahrheitsfindung deshalb kaum übertragbar. Folglich ist gestützt auf den Zweck des Schutzes kommerzieller Äusserungen auch der Umgang mit falschen und irreführenden Informationen anders. Falsche und irreführende Werbung und andere Formen der kommerziellen Äusserungen sind wohl vom Schutzbereich von Art. 27 BV erfasst[37], sie können jedoch als eine Form des unlauteren Wettbewerbs i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a–c und e UWG[38] ohne Weiteres aufgrund ihrer falschen oder irreführenden Qualität eingeschränkt und entsprechend sanktioniert werden.[39]

Der Schutz von kommerziellen Äusserungen unter Art. 27 BV und damit die Anwendung anderer Überlegungen zu ihrer Schutzwürdigkeit und möglichen Einschränkungen erscheint gerade mit Blick auf den Schutz ideeller Äusserungen im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte sinnvoll: Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass kommerzielle Äusserungen in der Regel keine ideelle Komponente aufweisen; entsprechend sind mit ihrer Äusserung einerseits regelmässig keine Fragen der Sicherung eines freien gesellschaftlichen Diskurses verbunden und andererseits weisen falsche oder irreführende Informationen kommerzieller Natur ein konkreteres und unmittelbareres Schadenspotenzial in der Form der Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf. Anders als ideelle Äusserungen sind wirtschaftliche Äusserungen folglich zum Schutz eines funktionierenden Wettbewerbs nach anderen Regeln einschränkbar als ideelle Äusserungen.

Abzugrenzen sind Meinungsäusserungen sodann von sogenannten funktionalen Äusserungen: Auch ein in Bezug auf Wahrheit und Unwahrheit breiter sachlicher Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte umfasst nicht jede Form der Aktion durch Sprache oder Zeichen.

---

32 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (GG).

33 Siehe etwa Helmut Schulze-Fielitz, Kommentierung zu Art. 5 I, II N 63 ff., in: Horst Dreier (Hrsg.), Dreier Grundgesetz Kommentar, Band I, 3. Aufl., Tübingen 2013; Wolfgang Hoffmann-Riem, Kommentierung zu Art. 5 Abs. 1, 2 N 30, in: Denninger Ehrhard/Hoffmann-Riem Wolfgang/Schneider Hans-Peter/Stein Ekkehart (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Neuwied/Kriftel 2001. Der EGMR nimmt ausgewählte falsche und irreführende Informationen in der Form revisionistischer Äusserungen und der Holocaustleugnung gestützt auf Art. 17 EMRK grundsätzlich ebenfalls vom Schutzbereich von Art. 10 EMRK aus. Auf den Sonderfall dieser Falschinformationen ist unten (B, 3) noch einzugehen. Vgl. zu Art. 10 EMRK Grabenwarter/Pabel (Fn. 21), § 23 N 4 f.

34 Schulze-Fielitz, Dreier Grundgesetz Kommentar (Fn. 33), Art. 5 I, II N 65.

35 Grundlegend zur Abgrenzung der Schutzbereiche bereits BGE 128 I 295, 308, E. 5a sowie BGE 125 I 417, 420 ff., E. 3. Vgl. Müller/Schefer (Fn. 22), 366 ff.; BSK BV-Hertig, Art. 16 N 10; Kley/Tophinke, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV, N 7; Biaggini, BV-Kommentar (Fn. 21), Art. 16 N 6. Die Abgrenzung zwischen ideellen und kommerziellen Äusserungen ist nicht immer eindeutig und so gibt es auch wirtschaftliche Äusserungen mit ideellem Gehalt (z.B. Werbung, welche im ideellen Sinn meinungsbildenden Inhalt hat). Ebenso gibt es Einschränkungen von Äusserungen im wirtschaftlichen Wettbewerb, welche die gesellschaftliche Debatte beeinflussen und so Anliegen der Meinungsfreiheit ebenfalls betreffen. Vgl. Müller/Schefer (Fn. 22), 372. Siehe etwa BGE 120 II 76, BGE 125 III 185 und EGMR Hertel v. Schweiz (25. August 1998), 25181/94 zur Behauptung, Mikrowellen seien erwiesenermassen gesundheitsschädlich.

36 Vgl. Müller/Schefer (Fn. 22), 367; BSK BV-Zeller/Kiener, Art. 17 N 7; Biaggini, BV-Kommentar (Fn. 21), Art. 27 N 6.

37 Vgl. Biaggini, BV-Kommentar (Fn. 21), Art. 27 N 6.

38 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG, SR 241).

39 Art. 9 UWG regelt die zivilrechtlichen Ansprüche der durch unlauteren Wettbewerb im genannten Sinn geschädigten Personen. Art. 23 UWG regelt die strafrechtlichen Sanktionen.

Bestimmte Äusserungen sind funktional im Sinne, dass durch sie die soziale Umwelt unmittelbar verändert wird. Oder wie Greenawalt plastisch formuliert: Bestimmte sprachliche Äusserungen sind nicht Arten, etwas zu sagen, sondern Arten, etwas zu tun.[40] Beispiele derartiger Aktionen durch Sprache sind etwa Versprechen, manipulative Drohungen, aber auch Aufforderungen wie etwa die Anstiftung zu einem Verbrechen.[41] Diese Aktionen durch Sprache sind nicht als Meinungsäusserungen zu qualifizieren und deshalb nicht vom Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte erfasst.[42] Die Abgrenzung von Meinungsäusserungen zu rein funktionalen Äusserungen ist gerade auch im Rahmen der Diskussion des Schutzes von falschen und irreführenden Informationen relevant. Keine Fragen der Kommunikationsgrundrechte wirft so beispielsweise die Einschränkung irreführender oder falscher Angaben auf, welche mit dem Zweck geäussert werden, eine Person zu veranlassen, sich einen Vermögensschaden zuzufügen.[43] Diese «Tathandlung» bzw. Äusserung als Teil der Erfüllung des Tatbestands des Betrugs (Art. 156 StGB[44]) geschieht zwar typischerweise durch das Mittel der Sprache, ist aber funktional im Sinn, dass die falsche oder irreführende Angabe unmittelbar Basis für eine Handlung des Adressaten ist[45]; ihre Sanktion ist deshalb nicht als eine Einschränkung einer Meinungsäusserung zu thematisieren.[46]

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der grundrechtliche Ansatz zum Umgang mit falschen und irreführenden Informationen differenziert ist: Grundsätzlich sind auch falsche und irreführende Informationen vom Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte erfasst. Kommerzielle Äusserungen sind jedoch prinzipiell nicht durch die Kommunikationsgrundrechte, sondern durch die Wirtschaftsfreiheit geschützt und können in diesem Rahmen aufgrund ihrer falschen oder irreführenden Qualität zum Schutz der Anforderungen an einen funktionierenden Wettbewerb eingeschränkt werden. Zudem sind Äusserungen von Verhaltensweisen abzugrenzen, welche sich zwar dem Mittel der Sprache bedienen, aber aufgrund ihrer Funktionalität nicht als Meinungsäusserungen zu erfassen sind.

2. Schranken falscher und irreführender Meinungsäusserungen

Eine Erfassung auch von falschen und irreführenden Äusserungen und Informationen im Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte bedeutet nicht, dass eine falsche Äusserung im Einzelfall nicht sanktioniert werden könnte oder eine irreführende Information nicht zu verbieten wäre. Nach den allgemeinen Regeln von Art. 16 ff. BV i.V.m. Art. 36 BV sind Einschränkungen auch von falschen und irreführenden Informationen grundsätzlich möglich. Als Einschränkung gelten dabei sowohl vorgängige als auch nachträgliche, inhaltlich neutrale und inhaltsbezogene, wie auch direkte und indirekte Einschränkungen.[47] Derartige Eingriffe sind allerdings nur zulässig, wenn ein gesetzlich verankertes gewichtiges öffentliches Interesse im Einzelfall die Interessen an einer Zulässigkeit der Äusserung überwiegt (Art. 36 BV).

Öffentliche und private Interessen zur Einschränkung falscher oder irreführender Äusserungen gibt es unter-

40 Dazu Kent Greenawalt, Speech, Crime, & the Uses of Language, New York NY 1989, 57 f.

41 Vgl. Greenawalt (Fn. 40), 63 ff. (mit Beispielen).

42 Greenawalt (Fn. 40), 57 ff. (mit Hinweisen auf Abgrenzungsfragen).

43 Klassische Anwendungsfälle von «Aktionen durch Sprache», welchen kein Äusserungscharakter zukommt, finden sich v.a. auch im Bereich der wirtschaftlichen «Äusserungen», so etwa bei Produktangaben auf Lebensmitteln oder Arzneimitteln (vgl. Art. 12 f. und 18 Lebensmittelgesetz [LMG, SR 817.0] mit Vorschriften zu Angaben auf Verpackungen und Bestimmungen zum Schutz der Konsumenten vor täuschenden Angaben sowie Art. 31 f. Heilmittelgesetz [HMG, SR 812.21] oder Art. 12 Arzneimittel-Zulassungsverordnung [AMZV, SR 812.212.22] i.V.m. Anhang 1). Derartige Aktionen durch Sprache werden in der Schweiz im Rahmen von Art. 27 BV und nicht als Meinungsäusserungen unter Art. 16 BV geschützt und analysiert. Insofern scheint der aktuelle rechtliche Rahmen auch ohne die Abgrenzung von «Aktionen durch Sprache» von Äusserungen einen ausreichenden Schutz zu bieten vor der – m.E. äusserst abwegigen – Diskussion inhaltlicher Anforderungen an diese Produktangaben und ähnliche Angaben als Fragen von (unzulässigen) Einschränkungen der Kommunikationsgrundrechte, wie sie etwa in den Vereinigten Staaten erfolgt. Vgl. m.H. und einer kritischen Einordnung Frederick Schauer, The Politics and Incentives of First Amendment Coverage, Wm. & Mary L. Rev. 56/2015, 1614 ff.

44 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0).

45 Vgl. Greenawalt (Fn. 40), 134.

46 Die Abgrenzung von Meinungsäusserungen zu nicht kommunikationsgrundrechtlich geschützten anderen Aktionen durch Sprache gewinnt zudem im Kontext zunehmender Digitalisierung an Bedeutung. Unterschiedliche Aktionen werden heute durch den Einsatz von Computercode erledigt; dies macht sie jedoch nicht zu Kommunikation, wenn damit nicht eine menschliche Idee als Produkt der Äusserung transportiert wird, sondern direkt durch Code eine Handlung vorgenommen wird. Dazu etwa Stuart Minor Benjamin, Algorithms and Speech, U. Pa. L. Rev. 161/2013, 1445; Tim Wu, Machine Speech, 161 U. Pa. L. Rev. 161/2013, 1495 ff.

47 Mit Beispielen zu den unterschiedlichen Arten von Einschränkungen Cueni (Fn. 7), 176 ff. Vgl. ebenfalls Grabenwarter/Pabel (Fn. 21), § 23 N 13.

schiedliche. Primär relevant dürfte der Persönlichkeitsschutz (insbesondere bei falschen oder irreführenden Äusserungen, welche die Ehre einer Person tangieren) sein[48], denkbar ist aber beispielsweise auch das weit gefasste Interesse am Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.[49] Aus grundrechtlicher Sicht ist dabei weniger von Relevanz, welche Interessen zur Einschränkung herangezogen werden, als dass bloss die «Falschheit» oder das Potenzial zur Irreführung einer Äusserung alleine noch keine Gründe sind, eine entsprechende Äusserung einzuschränken. Darüber hinaus ist zu beachten, dass auch beim Vorliegen eines Interesses an einer Einschränkung dieses im Einzelfall gewichtiger sein muss als das Interesse an der einzuschränkenden Äusserung.[50] Pauschale Aussagen über die fehlende Schutzwürdigkeit von falschen Äusserungen und Informationen reichen nicht aus.[51] In diesem Zusammenhang ist, in Anlehnung an Mill, wiederum zu betonen, dass gerade auch an falschen und irreführenden Äusserungen ein öffentliches Interesse besteht.

Diese Ausführungen gelten im Grundsatz auch für die Beurteilung von Äusserungen von Richtern, Regierungsmitgliedern, (Staats-)Anwälten, Behördenmitgliedern und anderen Angestellten des Staates. Ohne vertieft auf die Details der spezifischen Fragen der Meinungsfreiheit dieser Personengruppen einzugehen, ist im Kontext der hier getätigten Überlegungen zum rechtlichen Umgang mit falschen und irreführenden Äusserungen auf die sich praktisch immer wieder aufdrängende Frage einzugehen, inwiefern Äusserungen von Regierungsmitgliedern und Amtsträgern sowie weiteren Angestellten des Staates anders zu beurteilen sind, oder ob sich diese trotz ihrer Nähe zum Staat in gleichem Masse falsch und irreführend äussern dürfen.

Zur Frage der Beurteilung von Äusserungen von «Beamten» respektive von Angestellten des Staates ist festzuhalten, dass diese im Grundsatz ebenfalls durch die Kommunikationsgrundrechte nach Art. 16 ff. BV geschützt werden.[52] Allerdings haben diese Personen unter Umständen Einschränkungen dieser Rechte aufgrund ihrer Treuepflicht gegenüber dem Gemeinwesen in Kauf zu nehmen.[53] Obwohl sich die Rechtsprechung zur Treuepflicht bei Äusserungen primär mit öffentlicher Kritik am Arbeitgeber oder Äusserungen über verwaltungsinterne Vorgänge befasst[54], können aus den relevanten Entscheiden und der Lehre dazu auch Grundsätze zum Umgang mit falschen und irreführenden Äusserungen abgeleitet werden. Zu beachten ist zunächst, dass eine entsprechende Einschränkung (beispielsweise in der Form einer Disziplinarmassnahme) nur zulässig sein kann, sofern die betreffende Äusserung einen qualifizierten Bezug zur Tätigkeit der Person aufweist, also dienstrechtlich relevant ist.[55] M.E. wäre deshalb eine Äusserung, welche den Beitrag der Menschen zu Klimaveränderungen negiert, von einer Mitarbeiterin im Bundesamt für Umwelt deutlich anders zu beurteilen als eine ähnliche Äusserung von einem Mitarbeiter in einem anderen Zweig der Verwaltung. Sodann erscheint es insbesondere notwendig, dass im Rahmen der Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer Einschränkung jeweils die Stellung der betroffenen Person, der Kontext und die Auswirkungen der Äusserung berücksichtigt werden.[56] Somit können im Ergebnis falsche oder irreführende Äusserungen durch Amtsträger oder Angestellte des Staates mit Verweis auf ihre Treuepflicht zwar eingeschränkt werden, es ist jedoch in jedem

48 Etwa BGE 138 III 641; BGE 137 IV 313; BGE 127 III 481; EGMR GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland (9. Januar 2018), 18597/13; EGMR (PL) Lingens v. Österreich (8. Juli 1986), 9815/82. Vgl. zu Art. 10 EMRK Grabenwarter/Pabel (Fn. 21), § 23 N 28.

49 Im weitesten Sinn kann die Forderung nach einer «Geniokratie» und Hinweise auf Meldungen von Ausserirdischen, welche mit anderen Äusserungen Grund für das Verbot einer Plakatkampagne des Mouvement raëlien suisse waren und welche u.a. mit dem Interesse am Schutz der öffentlichen Ordnung begründet wurde, als Falschinformation verstanden werden. Dazu BGer 1P.336/2005 (20. September 2005), E. 5.3; EGMR (GC) Mouvement raëlien suisse v. Switzerland (13. Juli 2012), 16354/06.

50 Vgl. BSK BV-Hertig, Art. 16 N 38.

51 Zur Kritik an BGE 138 III 641, 643, E. 4.1.1 f. schon oben II, B.

52 BGE 136 I 332, 334, E. 3.2. Vgl. Kley/Tophinke, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV, N 21 f.; Müller/Schefer (Fn. 22), 403 ff. Analog auch die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 BV. Vgl. etwa EGMR (GC) Guja v. Moldova (12. Februar 2008), 14277/04, § 52, 70 (m.H. auf weitere Urteile).

53 BGE 136 I 332, 335, E. 3.2.1. Vgl. Kley/Tophinke, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV, N 21; Müller/Schefer (Fn. 22), 404 ff. Ebenfalls EGMR (GC) Guja v. Moldova (12. Februar 2008), 14277/04, § 71. Umfassend zur Frage etwa Beatrix Schibli, Einschränkungen der Meinungsfreiheit des Bundespersonals, Diss. Zürich 2005.

54 So etwa BGE 136 I 332 oder EGMR (GC) Guja v. Moldova (12. Februar 2008), 14277/04.

55 BGE 136 I 332, 335, E. 3.2.1 (m.w.H.). Vgl. Müller/Schefer (Fn. 22), 404 f. (mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung und Literatur).

56 So wäre im Rahmen der Verhältnismässigkeitsbeurteilung die Äusserung einer Person in einer leitenden und entsprechend auch öffentlich exponierteren Position anders einzuordnen als die identische Äusserung einer Person, die in der öffentlichen Wahrnehmung kaum mit dem Gemeinwesen assoziiert wird. Auch der EGMR berücksichtigt, zwar in einem anders gelagerten Fall, die Auswirkungen und die Art der involvierten Behörde, so EGMR (GC) Guja v. Moldova (12. Februar 2008), 14277/04, § 76.

Einzelfall präzise darzulegen, inwiefern die Aufgabe der Person oder das Vertrauen in das Gemeinwesen durch die konkrete Äusserung negativ beeinträchtigt wird und diese Beeinträchtigung so gravierend ist, dass sie eine daran anknüpfende Sanktion rechtfertigt.

Bei (privaten) Äusserungen von Regierungsmitgliedern ist zu beachten, dass diese zwar ebenfalls grundrechtlich geschützt sind, sich dieser Schutz aber nicht auf Äusserungen durch die Behörde respektive das Gremium, also gewissermassen Äusserungen durch den Staat selbst, erstreckt. Bezüglich der Frage der Einordnung von Äusserungen beispielsweise eines Bundesrats oder eines Mitglieds einer Kantonsregierung scheint ein besonders relevanter Aspekt, dass diese von Äusserungen der Behörde unter Umständen schwierig abzugrenzen sind oder zumindest im Einzelfall der Eindruck entstehen kann, dass sich ein Regierungsmitglied nicht privat, sondern als Teil des Gremiums äussert. Auch aus diesem Grund wäre es wünschenswert, wenn – nicht nur bezüglich der Frage von Falschinformationen – Grundsätze der Information durch die Regierung und Fragen der Zulässigkeit privater, aber behördenrelevanter Äusserungen der jeweiligen Mitglieder rechtlich geregelt würden.[57] Damit soll nicht die rechtliche Sanktion beim Abweichen von diesen Regeln erreicht werden: Auch in Bezug auf falsche oder irreführende Äusserungen durch Mitglieder des Bundesrats oder von kantonalen Regierungen sind nicht Verbote und Sanktionen die wirksamen Mittel, um diesen Äusserungen zu begegnen; primär relevantes Instrument muss gerade in diesem Bereich die politische Kontrolle bleiben. Allerdings kann eine solche Kontrolle wirksamer und sinnvoller erfolgen, wo mittels entsprechender rechtlicher Normen für alle ersichtlich und transparent dargelegt wird, welche Regeln der Informationstätigkeit gelten und an welchen Standards sich die entsprechenden Behörden und einzelnen Mitglieder folglich messen lassen wollen und sollen.

B. Besonders sensible Bereiche der Meinungsbildung

Neben den thematisierten allgemein geltenden Regeln bezüglich falscher und irreführender Äusserungen haben sich in den letzten Jahrzehnten einzelne Sachbereiche herauskristallisiert, wo die Meinungsbildung aufgrund des Kommunikationsmediums oder des Kontexts und der daraus erwachsenden Schutzbedürfnisse leicht modifizierten Regeln unterworfen ist.

1. Politische Meinungsbildung: Beeinflussung von Wahlen und Abstimmungen

Die Kommunikationsgrundrechte gelten als Grundlage jeder funktionierenden Demokratie, als Garantien, ohne welche eine demokratische Meinungs- und Willensbildung gar nicht möglich ist.[58] Die Bundesverfassung trägt der besonderen Rolle der Kommunikationsgrundrechte für die demokratische Willensbildung durch die Garantie der politischen Rechte (Art. 34 BV) Rechnung. Die Wahl- und Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) stellt gemäss Bundesgericht sicher, «dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Es soll garantiert werden, dass jeder Stimmberechtigte seinen Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und entsprechend mit seiner Stimme zum Ausdruck bringen kann.»[59]

Die Garantie der freien Willensbildung und unverfälschten Stimmabgabe regelt auch Fragen der Information der Bevölkerung im Vorfeld eines Urnengangs. Im Zentrum steht dabei die Zulässigkeit behördlicher Information respektive die Beurteilung unzulässiger (weil die freie Meinungsbildung beeinflussende) Interventionen von Behörden in Abstimmungskämpfe.[60] Private Information wird im Rahmen von Art. 34 Abs. 2 BV zunächst als unproblematisch erachtet und ist in den üblichen

57 Für behördliche Informationen vor Wahlen und Abstimmungen durch Bundesbehörden gelten die Grundsätze von Art. 10a BPR und dieselben gelten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch für kantonale Behörden. Vgl. für viele BGE 135 I 292 oder BGE 130 I 290. Für behördliche Informationen ausserhalb dieses Bereichs sind die Anforderungen an die staatliche Informationstätigkeit allerdings weniger präzise geregelt. So gelten auf Bundesebene zwar die Art. 10 ff. RVOG, welche aber sehr allgemein formuliert sind. Grundsätze (allerdings in nicht rechtlich bindender Art) enthält auch das Leitbild der Konferenz der Informationsdienste zur Information und Kommunikation von Bundesrat und Bundesverwaltung von 2015. Vgl. dazu ebenfalls die Botschaft des Bundesrats über die Volksinitiative «Volkssouveränität statt Behördenpropaganda» vom 29. Juni 2005, BBl 2005 4373, 4393 ff.

58 So bereits BGE 96 I 586, 592, E. 6 («[L]a liberté d'expression [...] est [...] le fondement de tout Etat démocratique»); EGMR (PL) Handyside v. United Kingdom (7. Dezember 1976), 5493/72, § 49 («The Court's supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a ‹democratic society›. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society […].»). Vgl. auch BGE 135 I 292, 294, E. 2 für die politische Willensbildung.

59 Etwa BGE 140 I 394, 402, E. 8.2 (mit Hinweisen auf weitere Urteile); BGE 135 I 292, 293 f., E. 2.

60 Etwa BGE 138 I 61; BGE 135 I 292; BGE 114 Ia 427. Vgl. BSK BV-Tschannen, Art. 34 N 33 f.; Steinmann, St. Galler Kommentar zu Art. 34 BV, N 24 ff.; Biaggini, BV-Kommentar (Fn. 21), Art. 34 N 17.

Grenzen von Art. 16 BV auch zulässig, wenn sie falsch oder gar bewusst irreführend ist. Diese Ausgestaltung des Grundrechts beruht auf der Konzeption, dass die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger fähig sind, sich selbst eine Meinung zu bilden, und dass sie dabei auch Falsches und Irreführendes wahrnehmen und als solches einordnen können.[61]

Angesichts der Problematik der Beeinflussung von Abstimmungen durch falsche oder irreführende Angaben vonseiten Privater hält das Bundesgericht allerdings fest, dass auch «private Informationen im Vorfeld von Sachabstimmungen in unzulässiger Weise die Willensbildung der Stimmberechtigten beeinflussen [können]. Von einer unzulässigen Einwirkung wird etwa dann gesprochen, wenn mittels privater Publikation in einem so späten Zeitpunkt mit offensichtlich unwahren und irreführenden Angaben in den Abstimmungskampf eingegriffen wird, dass es den Stimmberechtigten nach den Umständen unmöglich ist, sich aus anderen Quellen ein zuverlässiges Bild von den tatsächlichen Verhältnissen zu machen.»[62] Jedoch nimmt das Bundesgericht eine derartige Beeinflussung nur zurückhaltend an und wird eine Abstimmung deswegen nur aufheben, falls eine «schwerwiegende Irreführung» über «zentrale Abstimmungsinhalte» stattfindet, die zeitlich so nah vor der Abstimmung erfolgt, dass eine Korrektur oder Richtigstellung der Informationen nicht mehr möglich war.[63] Allerdings geht das Bundesgericht ebenfalls bereits seit Jahrzehnten davon aus, dass Behörden falsche und irreführende Informationen Privater im Abstimmungskampf korrigieren dürfen und unter Umständen – bei einer «schwerwiegenden Irreführung der Stimmbürger über zentrale Abstimmungsinhalte»[64] – sogar korrigieren müssen. Dabei besitzen die zuständigen Behörden jedoch bezüglich der Mittel und Modalitäten einer Intervention einen weiten Spielraum.[65]

Diese Rechtsprechung zum Umgang mit falschen und irreführenden Informationen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen kann als ein differenzierter Ausgleich zwischen dem Grundsatz der freien Diskussion aller Meinungen und dem Schutz vor Manipulation der politischen Willensbildung verstanden werden: Die Rechtsprechung bleibt bei der Grundannahme, dass die einzelnen Individuen jede Meinung und Information hören sollen und sich so im freien Austausch aller Äusserungen selbst eine Meinung bilden können. Eine Abweichung von diesem Ideal der selbstbestimmten Willensbildung ist nur vorgesehen, falls eine Korrektur durch Gegenrede nicht mehr möglich ist und eine Manipulation der Meinungsbildung deshalb besonders wahrscheinlich erscheint. Der Ansatz bleibt aber auch dem Diskursmodell treu, indem Behörden Falschinformation nicht verbieten sollen, sondern lediglich dazu ermächtigt oder verpflichtet sind, dieser eine Berichtigung gegenüberzustellen. Das Modell der gesellschaftlichen Meinungsbildung als Diskurs und Austausch von Meinung und Gegenmeinung wird so beibehalten und gleichzeitig eine Möglichkeit geschaffen, die Diskussion vor Manipulation zu schützen und so die freie Willensbildung sicherzustellen.

Das Vorgehen der Rechtsprechung zeigt so m.E. die Notwendigkeit eines differenzierten Umgangs mit falschen und irreführenden Angaben in der politischen Meinungsbildung. Die Rechtsprechung identifiziert einen Bereich, in welchem der Ansatz einer freien Meinungsbildung nach Mill anfällig ist für Manipulation und deshalb im Sinne einer Ausnahme modifizierte Regeln gelten müssen. Dabei bleibt die Pflicht der Behörden, zu intervenieren, jedoch auf einen engen Bereich beschränkt und insbesondere erfolgt die Modifikation, ohne die Grundsätze für den Umgang mit falschen und irreführenden Informationen ausserhalb dieses engen Bereichs aufzugeben.

Es lässt sich heute fragen, ob dieser Ansatz des Bundesgerichts auf die aktuellen Kommunikationsformen und Arten der Verbreitung von falschen und irreführenden Angaben noch in genügendem Masse reagieren kann. So könnte einerseits hinterfragt werden, ob dem Kriterium der zeitlichen Nähe zur Abstimmung noch die gleiche Bedeutung zukommt: Ist beispielsweise eine Welle von Falschinformationen, welche sich viral über Twitter verbreitet, wirklich nur problematisch, wenn sie kurz vor dem Urnengang erfolgt?[66] Andererseits ist auch davon auszugehen, dass die neuen Verbreitungsmöglichkeiten von Informationen (soziale Netzwerke, indirekte Geldflüsse, Einsatz von Bots und weitere) eine erhöhte Intransparenz bezüglich der Informationsherkunft oder Interessenbindungen zur Folge haben. Sie können die

61 Etwa BGE 135 I 292, 296, E. 4.1. Vgl. Michel Besson, Behördliche Informationen vor Volksabstimmungen, Diss. Bern 2003, 355 f.; BSK BV-Tschannen, Art. 34 N 37; Biaggini, BV-Kommentar (Fn. 21), Art. 34 N 26.

62 BGE 135 I 292, 295, E. 4.1. Zur Frage der Beeinflussung von Wahlen durch Private BGE 125 I 441, 444 ff. E. 2b f.

63 BGE 140 I 338, 343, E. 5.3; Urteil BGer 1C_472/2010 (20. Januar 2011), E. 4. Vgl. BSK BV-Tschannen, Art. 34 N 38; Steinmann, St. Galler Kommentar zu Art. 34 BV, N 24.

64 BGE 140 I 338, 343, E. 5.3. Vgl. Biaggini, BV-Kommentar (Fn. 21), Art. 34 N 26.

65 BGer 1C_472/2010 (20. Januar 2011), E. 4.3. Vgl. BSK BV-Tschannen, Art. 34 N 34.

66 Vgl. mit Überlegungen zum zeitlichen Kriterium im Zusammenhang mit der brieflichen Stimmabgabe Besson (Fn. 61), 364 f.

Meinungsbildung wahrscheinlich in weit subtilerer Art manipulieren; die Richtigstellung von Informationen ist dann zur Sicherung einer unverzerrten politischen Willensbildung wohl kaum ausreichend.

Ein aktuelles Beispiel eines Versuchs der Reaktion auf diese Fragen ist der Vorschlag des französischen Gesetzgebers zum Umgang mit falschen und irreführenden Angaben vor Wahlen.[67] Das zu Beginn des Jahres 2019 in Kraft getretene Gesetz verpflichtet die Betreiber von Online-Plattformen während der drei Monate vor dem Monat der allgemeinen Wahlen Transparenz bezüglich der Urheber von Informationen, von Geldflüssen sowie der Verwendung persönlicher Daten der Benutzer im Zusammenhang mit der politischen Willensbildung herzustellen.[68] Zudem schafft das Gesetz die Möglichkeit, über einen Richter gegen unvollständige, falsche oder irreführende Informationen auf diesen Plattformen vorzugehen.[69] Das Gesetz versucht der Gefahr einer verzerrten Willensbildung also primär mit Transparenzvorschriften zu begegnen, dehnt aber den Zeitraum der Geltung der Regeln auf über drei Monate aus und sieht auch Möglichkeiten vor, falsche und irreführende Informationen zu verbieten. Während der erste Teil der Massnahmen der Gefahr der Verzerrung der Willensbildung durch intransparente politische Werbung, Geldflüsse und Ähnliches in rechtlich sinnvoller und allenfalls wirksamer Weise begegnet, mag die Möglichkeit des richterlichen Vorgehens gegen entsprechende Informationen zwar notwendig erscheinen, derartige Massnahmen widersprechen jedoch dem Grundsatz der freien und ungehinderten Diskussion unter Zulassung auch von falschen und irreführenden Äusserungen Privater relativ diametral; sie müssten m.E. entsprechend durch ein gewichtiges und drängendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Dieses ist zurzeit insofern fraglich, als einerseits eine eindeutige Faktenlage bezüglich des (erhöhten) Manipulationspotenzials von Falschinformationen auf sozialen Netzwerken noch fehlt.[70] Andererseits fehlen auch vertiefte rechtliche Überlegungen zum Abschreckungspotenzial derartiger Regeln auf zulässige Äusserungen sowie zur Gefahr der Sperrung von grundsätzlich zulässigen Beiträgen. Somit ist zumindest die Möglichkeit der Löschung falscher oder irreführender Informationen im entsprechenden Gesetz aus grundrechtlicher Sicht höchst problematisch und zeigt beispielhaft auf, dass bei der Formulierung neuer rechtlicher Regeln den verfassungsrechtlichen Grundsätzen aktuell wohl zu wenig Gewicht beigemessen wird.[71]

2. Falsche und irreführende Informationen in Radio und Fernsehen

Falsche und irreführende Informationen sind nach geltendem Recht leicht modifizierten Regeln unterworfen, falls sie in Radio oder Fernsehen getätigt werden. So verpflichtet bereits die Verfassung[72] Radio und Fernsehen zur sachgerechten Darstellung der Ereignisse. Dieses in Art. 93 Abs. 2 BV enthaltene und in Art. 4 Abs. 2 RTVG[73] auf Gesetzesebene konkretisierte Sachgerechtigkeitsgebot ist Teil der besonderen Regeln für Meinungsäusserungen in Radio und Fernsehen.[74] Das Gebot der sachgerechten Darstellung im Besonderen bringt primär zum Ausdruck, dass aufgrund des weiterhin beschränkten Zugangs zu Radio- und Fernsehfrequenzen[75] sowie des erhöhten Beeinflussungspotenzials audiovisueller Medien[76] die Meinungsbildung des Publikums besonders anfällig für Manipulation ist. So müssen nach Art. 4 Abs. 2 RTVG «[r]edaktionelle Sendungen mit Informationsgehalt […] Tatsachen und Ereignisse sachgerecht darstellen, so dass sich das Publikum eine eigene Meinung bilden kann. An-

67 LOI n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

68 Article 1er, Art. L. 163-1 Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information. Vgl. auch Article 11 desselben Gesetzes.

69 Article 1er, Art. L. 163-2 Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

70 Etwa Andrew Guess/Jonathan Nagler/Joshua Tucker, Less than you think: Prevalence and predictors of fake news dissemination on Facebook, Science Advances 2019, 1. Siehe ausführlicher unten IV.

71 Dazu ausführlicher unten IV.

72 Das Sachgerechtigkeitsgebot wurde durch das Parlament bei der Aufnahme von Art. 55bis BV 1874 eingefügt. Vgl. Botschaft des Bundesrats über den Radio- und Fernsehartikel vom 1. Juni 1981, BBl 1981 II 855, 944 f.; Denis Masmejan, Loi sur la radio-télévision (LRTV) Commentaire Staempfli, Art. 4 N 30; Martin Dumermuth, Rundfunkrecht, in: Rolf Weber (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Informations- und Kommunikationsrecht, Basel 1996, § 4 Rn. 66.

73 Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG, SR 784.40).

74 Zu den Gründen der seit Beginn spezifischen Regeln für Radio und Fernsehen Martin Dumermuth, Rundfunkregulierung. Alte und neue Herausforderungen, in: Otfried Jarren/Patrick Donges (Hrsg.), Ordnung durch Medienpolitik?, Konstanz 2007, 364 ff.; Müller/Schefer (Fn. 22), 484 ff.; BSK BV-Zeller/Dumermuth, Art. 93 N 1 (m.w.H.). Vgl. Biaggini, BV-Kommentar (Fn. 21), Art. 93 N 2a.

75 Einerseits ist der Zugang begrenzt durch die weiterhin bestehende Beschränkung der Frequenzen, andererseits durch den erhöhten finanziellen Aufwand des Betriebs von Radio und Fernsehen als faktische Beschränkung. Dazu Müller/Schefer (Fn. 22), 484 ff.

76 BGE 98 Ia 73, 81, E. 3c. Vgl. Müller/Schefer (Fn. 22), 485 f.; Brunner/Burkert, St. Galler Kommentar zu Art. 17, N 8.

sichten und Kommentare müssen als solche erkennbar sein.» Auf diese Weise soll das Sachgerechtigkeitsgebot nach ständiger Rechtsprechung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) sicherstellen, dass dem «Publikum aufgrund der in der Sendung oder im Beitrag angeführten Fakten und Ansichten ein möglichst zuverlässiges Bild über einen Sachverhalt oder ein Thema vermittelt wird, so dass dieses sich darüber frei eine eigene Meinung bilden kann».[77] Als Mittel, um eine einseitige Beeinflussung des Publikums zu verhindern, kann das Gebot so auch als «Manipulationsverbot»[78] verstanden werden. Das Sachgerechtigkeitsgebot von Art. 4 Abs. 2 RTVG statuiert zwar keine Wahrheitspflicht im engeren Sinne, es verpflichtet die Veranstalter jedoch, die journalistischen Sorgfaltspflichten einzuhalten und in diesem Sinne Transparenz über die Berichterstattung herzustellen, und damit unter anderem eine gewisse Nachvollziehbarkeit zu garantieren und sachlich und wahrhaftig zu informieren.[79]

Auch im Bereich der modifizierten Regeln für Äusserungen in Radio und Fernsehen stellt sich heute die Frage, ob die aktuellen Regeln so ausreichend sind bzw. ob sie sich in diesem Masse weiterhin rechtfertigen. So kann insbesondere hinterfragt werden, ob die Beschränkung eines Gebots der Sachgerechtigkeit auf Radio und Fernsehen noch tragbar ist, falls andere Kanäle für den Informationskonsum wichtiger und praktisch relevanter werden.[80] Ohne im Rahmen dieses Beitrags im Detail auf diese Fragen eingehen zu können, sind m.E. folgende Überlegungen relevant: Zum einen erscheint eine Ausdehnung einer Art Sachgerechtigkeitsgebot auf alle elektronischen Medien oder gar auf die gesamte Massenkommunikation wenig kompatibel mit den Grundannahmen der Meinungsfreiheit, wonach Gebote der Sachlichkeit und Wahrhaftigkeit in der öffentlichen Meinungsbildung gerade nicht durch staatliche Regulierung durchgesetzt und Verstösse dagegen nicht durch solche Regeln sanktioniert werden können.[81] Zudem vernachlässigt eine allgemeine Geltung einer Art Sachgerechtigkeitsgebot die Gründe, welche zur Etablierung von inhaltlichen Anforderungen für Äusserungen in Radio und Fernsehen geführt haben: Dem Sachgerechtigkeitsgebot verpflichtet sind vergleichsweise wenige Veranstalter (nur Radio und Fernsehen), welche zum Betrieb der entsprechenden Medien über hohe Ressourcen verfügen.[82] Zudem unterstehen die betreffenden Betreiber einer gewissen Nähe zum Staat; dies ist besonders eindeutig bei konzessionierten Veranstaltern mit Leistungsauftrag, aber bedingt auch bei solchen, welche den Betrieb «bloss» gemeldet haben.[83] In Kombination dieser Faktoren ist nicht nur eine besondere Möglichkeit der Beeinflussung des Publikums wahrscheinlich, sondern es ist m.E. auch davon auszugehen, dass zumindest die grossen Veranstalter mit Leistungsauftrag ein erhöhtes Vertrauen im Publikum bezüglich Wahrhaftigkeit und Relevanz der ausgestrahlten Inhalte erwecken. Gerade dieses in gewissem Sinne «Exklusivitäts-» und besondere Nähe- und Vertrauensverhältnis besteht bei einem Grossteil der Blogs, sozialen Netzwerke, Online-Foren u.Ä. wohl kaum. Entsprechend lassen sich Gebote der Sachgerechtigkeit ähnlich dem geltenden für Radio und Fernsehen für solche Foren der Meinungsäusserung auch nur schwer rechtfertigen.[84]

3. Exkurs: Revisionismus, Leugnung und Verharmlosung des Holocaust

Ein dritter besonders sensibler Bereich, in welchem falsche und irreführende Äusserungen modifizierten Regeln unterworfen sind, betrifft Äusserungen, welche den Holocaust leugnen oder verharmlosen.[85] Die Holocaustleug-

77 Etwa UBIE b.777 (23. März 2018), E. 4; UBI b.751 (31. August 2017), E. 3.1. Siehe auch BGE 137 I 340, 344, E. 3.1; BGE 131 II 253, 256, E. 2.1. Vgl. Dumermuth (Fn. 72), § 4 Rn. 67; Masmejan, Commentaire LRTV (Fn. 72), Art. 4 N 37 ff.

78 Dumermuth (Fn. 72), § 4 Rn. 68. Vgl. Masmejan, Commentaire LRTV (Fn. 72), Art. 4 N 37 f.

79 Dumermuth (Fn. 72), § 4 Rn. 73 ff.; Masmejan, Commentaire LRTV (Fn. 72), Art. 4 N 43 ff.

80 Mit einer Übersicht etwa SRF, Medientrends Deutschschweiz 2018 (verfügbar unter: https://www.srf.ch/unternehmen/unternehmen/publikationen/medientrends-deutschschweiz-2018). Umfassend digiMonitor, Studie zur Mediennutzung in der Schweiz (Zugang über: https://www.igem.ch/digimonitor-studie-mediennutzung/).

81 Vgl. die Ausführungen zum Schutzbereich von Art. 16 ff. BV oben II, B und III, A, 1.

82 Vgl. zur Ressourcenintensität etwa Müller/Schefer (Fn. 22), S. 485.

83 Allenfalls wird sich die Rechtslage diesbezüglich mit dem neuen Bundesgesetz über elektronische Medien (BGeM) ändern: Die Vernehmlassungsvorlage beschränkt den Geltungsbereich u.a. des Sachgerechtigkeitsgebots (Art. 7 Abs. 3 Entwurf-BGeM) auf die Medienangebote der SRG, Medienangebote, die Teil einer Leistungsvereinbarung sind, sowie Schweizer Fernsehprogramme (allerdings ist der Geltungsbereich auch auf nicht lineare Angebote erweitert) (Art. 2 Entwurf-BGeM).

84 Dazu ausführlicher unten IV.

85 Im Rahmen von Art. 10 EMRK sind auch revisionistische Äusserungen zu dieser Gruppe von «Falschinformationen» zu zählen. Siehe etwa EGMR (dec.) Garaudy v. France (24. Juni 2003), 65831/01, Ziff. 1.i. Gemäss Botschaft des Bundesrats über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendis-

nung wird als eine Form des besonders aggressiven Antisemitismus[86] nach Art. 261bis Abs. 4 StGB bestraft und ist im Rahmen von Art. 10 EMRK gestützt auf Art. 17 EMRK gar vom Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte ausgenommen.[87]

Aus grundrechtlicher Sicht ist bei der Beantwortung der Frage des rechtlichen Umgangs mit Falschinformation notwendig, auf die Besonderheit der Holocaustleugnung hinzuweisen: Die Leugnung oder Verzerrung geschichtlicher Ereignisse im Widerspruch zu gesicherten wissenschaftlichen Daten und Informationen ist als Falschinformation zu charakterisieren. Im Normalfall stellt die qualifizierte Falschheit dieser Informationen aber keinen Grund dar, um einer entsprechenden Äusserung den Schutz zu versagen oder sie ohne ein weiteres gegenstehendes Interesse einzuschränken. Dies ist auch dann der Fall, wenn davon auszugehen ist, dass die Verharmlosung oder Verleugnung eines Ereignisses Personen in ihrer Erinnerung des Erlebten verletzt. Dies wird besonders deutlich im Urteil Perinçek v. Schweiz der Grossen Kammer des EGMR oder zuletzt auch in einem Urteil des Bundesgerichts, welche sich beide mit Fragen der Leugnung bzw. Verharmlosung anderer Genozide zu befassen hatten und beide zum Schluss kamen, dass die entsprechenden Äusserungen nicht verboten bzw. bestraft werden durften, sondern als Meinungsäusserungen zulässig seien.[88]

Der rechtliche Umgang mit der Holocaustleugnung stellt folglich im Vergleich mit anderen «Geschichts-Lügen» eine klare Ausnahme dar. Die spezielle rechtliche Erfassung der Leugnung und Verharmlosung des Holocaust kann folglich nicht auf einer besonderen «Gesichertheit» der Faktenlage beruhen[89], sondern lässt sich wohl im Kern dadurch begründen, dass es sich um eine durchaus weiterhin noch notwendige Reaktion auf Massenverbrechen handelt, welche einen derart entscheidenden Moment in der europäischen Geschichte darstellen, dass die Leugnung, Verharmlosung oder Nicht-Akzeptanz der Verbrechen mit einem europäischen Rechtsverständnis nach 1945 nicht kompatibel sind. Dabei ist das Verbot getragen von der Einsicht, dass entsprechende revisionistische Äusserungen als eine besonders aggressive Form des Antisemitismus auch heute noch eine unmittelbare Gefahr darstellen.[90]

Entsprechend ist m.E. daraus zu schliessen, dass der rechtliche Umgang mit der Holocaustleugnung zwar erforderlich ist, dass aber andere, neue Bereiche der Einschränkung von falschen und irreführenden Informationen «bloss» aufgrund ihrer Falschheit – wie klar beweisbar diese auch sein mögen – gerade im Licht der neueren Entwicklung im Umgang mit der Leugnung von Genoziden nicht zu rechtfertigen sind.

IV. Verfassungsrechtliche Anforderungen an allfällige neue Regeln zum Umgang mit Falschinformationen

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass abgesehen vom Ausnahmetatbestand der Leugnung und Verharmlosung des Holocaust besondere Regeln für falsche und irreführende Äusserungen dort entwickelt und angewendet werden, wo Bereiche der Meinungsbildung besonders sensibel sind im Sinne, dass eine besondere Gefahr der Manipulation der freien Meinungsbildung besteht. Im Rahmen der politischen Meinungsbildung im Vorfeld von Wahlen und insbesondere Abstimmungen sind die zeitliche Begrenztheit der Meinungsbildung sowie die dadurch erhöhte Bedeutung von Machtunterschieden zwischen den relevanten Akteuren Gründe für diese Gefahr der Verzerrung der Willensbildung. Äusserungen in Radio und Fernsehen können die Meinungsbildung besonders manipulieren, da zum einen nur wenige Personen über die Mittel verfügen, Radio- und Fernsehprogramme

kriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision vom 2. März 1992 (Botschaft Rassendiskriminierung), BBl 1992 III 269, 314 dient auch diese Bestimmung der Erfassung revisionistischer Äusserungen.

86 Botschaft Rassendiskriminierung (Fn. 85), BBl 1992 III 269, 314. Vgl. BSK StGB-Schleiminger Mettler, Art. 261bis N 61 ff.; Stefan Trechsel/Hans Vest, Kommentierung zu Art. 261bis StGB, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 261bis N 35.

87 Etwa EGMR (dec.) Garaudy v. France (24. Juni 2003), 65831/01, Ziff. 1.i. Vgl. kritisch dazu Grabenwarter/Pabel (Fn. 21), § 23 N 5 (m.w.H.).

88 EGMR (GC) Perinçek v. Switzerland (15. Oktober 2015), 27510/08, § 113 ff., § 196 ff.; BGE 145 IV 23, 33 ff., E. 5.

89 Denn die Begründung bedeutet im Umkehrschluss, dass andere Genozide wie etwa diejenigen in Armenien (1915), Kambodscha (ab 1975) oder Ruanda (1994) nicht oder weniger «sicher» sind. Unterdessen sieht auch der EGMR von dieser Begründung ab, welche etwa besonders deutlich ist in EGMR (GC) Lehideux und Isorni v. France (23. September 1998), 55/1997/839/1045, § 47 oder auch in EGMR Perinçek v. Switzerland (17. Dezember 2013), 27510/08, § 116 f. Vgl. zum neueren Ansatz EGMR (GC) Perinçek v. Switzerland (15. Oktober 2015), 27510/08, § 243.

90 Vgl. so HR Committee, Robert Faurisson v. France, No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996), C. 4. (individual opinion Evatt/Kretzmer). Implizit auch MRA, General Comment No. 34 (2011), Ziff. 49 ff. Unterdessen implizit auch der EGMR in EGMR (GC) Perinçek v. Switzerland (15. Oktober 2015), 27510/08, § 243.

zu veranstalten, und zum anderen diese Medien weiterhin eine prägende Wirkung auf die öffentliche Meinungsbildung haben.

Aus diesen Feststellungen bezüglich der besonders geregelten Bereiche ist m.E. zu folgern, dass allfällige neue Regeln zum Umgang mit Falschinformationen im Grundsatz nur denkbar sind, falls sie zunächst für einen eng umschriebenen Bereich formuliert werden, in welchem ein ähnlich erhöhtes Potenzial für die unmittelbare Manipulation der Meinungsbildung besteht. Eng umschrieben kann der Bereich in sachlicher, aber auch in örtlicher oder in zeitlicher Hinsicht sein; zu offen allerdings wäre m.E. die Formulierung besonderer rechtlicher Regeln beispielsweise für soziale Medien insgesamt. Deshalb ist nach der hier vertretenen Auffassung ein Regelungswerk der Selbstregulierung wie der Code of Practice on Disinformation der EU, in welchem sich die grössten Anbieter von Online-Plattformen und sozialen Netzwerken verpflichten, gegen Falschinformationen vorzugehen und diese unter anderem effizient zu löschen[91], bereits aufgrund der zu breiten Anwendbarkeit alles andere als unproblematisch.

Auch muss das Potenzial zur Manipulation der Meinungsbildung im identifizierten Bereich erhöht sein im Vergleich zur öffentlichen Meinungsbildung insgesamt. Dass die Meinungsbildung durch unwahre, halbwahre oder irreführende Äusserungen beeinflusst und in einzelnen Fällen deshalb falsche oder nicht-wunschgemässe Entscheide gebildet werden, ist der Idee der Kommunikationsgrundrechte inhärent.[92] Deshalb kann nur ein über dieses zu akzeptierende Risiko der Manipulation hinausgehende Beeinflussungspotenzial spezielle, restriktivere Regeln rechtfertigen. Aktuell problematisch aus diesem Grund sind die Ansätze zur Regelung von Falschinformationen auf sozialen Netzwerken. Ob und inwiefern welche Nutzer durch Falschinformationen auf Twitter, Facebook, YouTube und bei ähnlichen Anbietern verstärkt manipuliert werden, ist gegenwärtig äusserst unklar: Studien scheinen eher darauf hinzudeuten, dass grosse Teile der Bevölkerung Falschinformationen mehrheitlich als solche erkennen, sich also zumindest nicht naiv durch falsche Informationen «blenden» lasen.[93]

Weiter weisen Mills *On Liberty* sowie die oben beleuchteten rechtlichen Ansätze zur Sicherung einer unverzerrten Willensbildung vor Abstimmungen und in Radio und Fernsehen ebenfalls darauf hin, dass Verbote falscher Äusserungen verfassungsrechtlich kaum die geeignete Massnahme zur Sicherung der öffentlichen Meinungsbildung sind. Aus diesem Grund problematisch wären Verbote falscher Äusserungen, aber auch etwa rechtliche Regeln oder Vereinbarungen zwischen Staaten und Privaten (wie etwa der bereits genannte EU Code of Practice on Disinformation), mittels welcher Anbieter von sozialen Netzwerken und ähnlichen Diensten allenfalls unter der Androhung von Sanktionen verpflichtet werden, falsche und irreführende Informationen auf ihren Diensten zu löschen. Derartige Regelungswerke schaffen die Gefahr einer staatlich geförderten privaten Meinungskontrolle: Eine mit Sanktionen bedrohte Löschungspflicht würde wohl dazu führen, dass die Plattformen Falschinformationen bzw. als möglicherweise falsch oder irreführend identifizierte Äusserungen im Zweifelsfall sperren[94], was einer erheblichen Beeinträchtigung der Kommunikationsgrundrechte gleichkommt. Zwar werden die mutmasslich falschen Äusserungen nicht rechtlich verboten, ihre Löschung durch Private kann jedoch faktisch einem rechtlichen Verbot gleichkommen und ist aufgrund der fehlenden Transparenz und Nachvollziehbarkeit dieser privaten Verfahren zumindest in dieser Hinsicht gar problematischer als etwa ein staatliches Straf- oder Zivilverfahren. Statt Falschinformationen durch Verbote, Sanktionen oder staatlich motivierte Löschung zu begegnen, ist es deshalb m.E. angebracht, die unverzerrte öffentliche Meinungsbildung durch andere Massnahmen wie etwa Transparenzvorschriften bezüglich der Autoren, Interessenbindungen und der Finanzierung von Äusserungen oder Pflichten zur Richtigstellung falscher und irreführender Informationen sicherzustellen. In dieser Hinsicht sinnvoll erscheint deshalb der entsprechende Teil des bereits erwähnten französischen Gesetzes[95] zum Umgang mit falschen Informationen vor den allgemeinen Wahlen.

---

91 Code of Practice on Disinformation der EU-Kommission vom 26. September 2018 (abrufbar unter: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation).

92 Siehe oben II, A. M.E. insofern nicht korrekt Bernd Holznagel, Phänomen «Fake News» – Was tun?, MMR 2018, 19.

93 Andrew Guess/Jonathan Nagler/Joshua Tucker, Less than you think: Prevalence and predictors of fake news dissemination on Facebook, Science Advances 2019, 1. Ein weiterer zu untersuchender Aspekt wäre dann wohl die Frage, inwiefern auch als falsch oder irreführend Erkanntes unbewusst die Meinungs- und Entscheidbildung beeinflusst und – falls derartige Einflüsse vermehrt festgestellt werden – ob und inwiefern diese neue Dimensionen annehmen und allenfalls die öffentliche Meinungsbildung nachhaltig verändern.

94 Vgl. Wolfgang Schulz, Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – The Case of the German NetzDG, HIIG Discussion Paper Series 2018-01, 8. Aus der US-amerikanischen Lehre etwa Jack M. Balkin, Old-School/New-School Speech Regulation, Harv. L. Rev. 127/2014, 2309 f.

95 Article 1er, Art. L. 163-1 LOI n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

Zuletzt ist immer im Blick zu behalten, dass nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz auch falsche und irreführende Äusserungen frei zulässig und Teil einer offenen gesellschaftlichen Debatte sind; modifizierte, einschränkende Regeln bilden deshalb immer eine begründungspflichtige Ausnahme.

V. Fazit zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Schutz falscher und irreführender Informationen

John Stuart Mill hat im 19. Jahrhundert Gründe dargelegt, weshalb auch falsche und irreführende Äusserungen grundsätzlich zulässig sind und ihren Beitrag zur öffentlichen Diskussion und Meinungsbildung leisten. Dieser Einsicht begannen sich im 20. Jahrhundert auch unterschiedliche Rechtsordnungen anzuschliessen, und so erfassen die Kommunikationsgrundrechte nach Art. 16 ff. BV heute Meinungsäusserungen unabhängig von ihrem Wahrheitsgehalt. Ohne gegenläufiges konkretes öffentliches Interesse, welches im Einzelfall höher zu gewichten ist, sind demzufolge im Grundsatz auch grobfalsche und irreführende Informationen zulässig.

Daneben gibt es allerdings ausgewählte sensible Bereiche, wo die Meinungsbildung besonders wichtig und besonders anfällig für Manipulation ist. Dort garantieren spezifische Regeln den Umgang mit falschen und irreführenden Informationen, sodass eine freie Meinungsbildung unverzerrt stattfinden kann. Dies sind aktuell die politische Meinungsbildung im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen sowie der Bereich der Äusserungen in Radio und Fernsehen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht spricht im Grundsatz nichts dagegen, dass nicht mittels neuer rechtlicher oder durch den Staat angestossener Regeln auf sich durch technische oder gesellschaftliche Entwicklungen herauskristallisierende konkrete Schutzbedürfnisse reagiert werden könnte. Allerdings ist dabei sicherzustellen, dass diese Regeln auf konkrete, erhöhte Manipulationsgefahren reagieren, sich auf einen engen, klar umschriebenen Bereich beziehen und dass wo möglich der Grundsatz des freien gesellschaftlichen Diskurses beibehalten wird.