

## Medienfreiheit im Internet kleingeschrieben

CHRISTOPH BEAT GRABER\* / ANDREA KERKES\*\*

*Redaktionelle Textbeiträge im Online-Portal der SRG sollen nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts der inhaltlichen Aufsicht des Bundesamtes für Kommunikation unterliegen. Dieser Beitrag kritisiert das Urteil aus Sicht der Medienfreiheit der Bundesverfassung und wirft dem Gericht vor, den Verpflichtungen von Art. 10 EMRK nicht gerecht zu werden.*

*Selon un jugement du Tribunal administratif fédéral, les contributions rédactionnelles du portail Internet de la SSR doivent être soumises à la surveillance matérielle de l'Office fédéral de la communication. L'article ci-dessous critique le jugement du point de vue de la liberté de la presse, garantie par la Constitution fédérale, et reproche au Tribunal de ne pas se conformer à l'art. 10 CEDH.*

- I. Zum Sachverhalt
  - II. Medienaufsicht durch die Verwaltung als Resultat einer fragwürdigen Rechtsgüterabwägung
    - 1. Kompetenzen der Aufsichtsinstanzen nach Art. 86 RTVG
    - 2. Verkannte Interessenlage
  - III. Schlussfolgerungen
- Zusammenfassung / Résumé

Das am 21. April 2011 ergangene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer)<sup>1</sup> in Sachen «übriges publizistisches Angebot» ist verunglückt, weil es das Anliegen einer staatsunabhängigen Rundfunkaufsicht geringschätzt. Mit einer fragwürdigen Begründung tolerierte das BVGer, dass das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) im Bereich des übrigen publizistischen Angebots (üpA) der SRG auch Medieninhalte beaufsichtigt. Kritische Reaktion folgte bald<sup>2</sup>. Dennoch meinte die SRG – als unterlegene Partei – zu schlechte Karten in der Hand zu halten, um ihre Position erfolgreich vor Bundesgericht vertreten zu können. Sie liess es beim Urteil bewenden, worauf dieses Rechtskraft erlangte. Nachfolgend sollen die hauptsächlichsten Schwachstellen des Urteils beleuchtet werden.

### I. Zum Sachverhalt

Auslöser der Streitsache war die Klimaberichterstattung auf der Website des Schweizer Fernsehens (SF)<sup>3</sup>. Der Verein Initiative gegen den Klima-Schwindel<sup>4</sup> beanstandete zunächst bei der Ombudsstelle SRG für die Deutschschweiz und anschliessend bei der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) diverse textbasierte journalistische Beiträge im SF-Meteo-Portal sowie eine Fernsehsendung zum Thema Klimawandel. Der Hauptkritikpunkt war inhaltlicher Natur und bezog sich auf eine angeblich unausgewogene Berichterstattung. Formell traten weder die Ombudsstelle noch die UBI auf die Beanstandung bzw. die Beschwerde ein: Beide Instanzen waren der Ansicht, sie seien nicht zuständig für die Beurteilung von Textbeiträgen im Online-Portal der SRG<sup>5</sup>. In der Folge überwies die UBI die Beschwerde an das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) und das BAKOM befasste sich mit der Angelegenheit.

\* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Kommunikations- und Kulturrecht, Wirtschaftsvölkerrecht und Rechtssoziologie sowie Leiter der Forschungsstelle i-call (International Communications and Art Law Lucerne) an der Universität Luzern.

\*\* MLaw, wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Forschungsstelle i-call an der Universität Luzern.

<sup>1</sup> BVGer vom 21. April 2011, A-6603/2010, teilweise abgedruckt in sic! 2011, 580 ff.

<sup>2</sup> C. B. GRABER, Anmerkungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 2011 (A-6603/2010), medialex 2011, 156 f.

<sup>3</sup> Siehe [www.sf.tv/SF-Meteo/Klimabeiträge](http://www.sf.tv/SF-Meteo/Klimabeiträge) (November 2011)

<sup>4</sup> Dabei handelt es sich um einen Verein mit dem Ziel, eine Volksinitiative gegen Klima-Abgaben zu lancieren, siehe [www.klimaschwindel.com](http://www.klimaschwindel.com).

<sup>5</sup> Bezüglich der Fernsehsendung war die Beanstandungsfrist bereits abgelaufen, weshalb die Ombudsstelle diesbezüglich auf die Eingabe aus diesem Grund nicht eintrat.

Gegenstand des Verfahrens vor dem BVGer bildete eine Zwischenverfügung des BAKOM<sup>6</sup>, womit sich dieses für die inhaltliche Aufsicht über die zum üpA zählenden Textbeiträge im Online-Portal von SF zuständig erklärte. Die dagegen erhobene Beschwerde der SRG lehnte das BVGer ab und bestätigte die Auffassung des BAKOM, dass neben Radio- und TV-Programmen auch Beiträge der SRG, die im Rahmen des üpA im Internet publiziert werden, einer Inhaltskontrolle unterliegen müssen. Nach Ansicht des BVGer habe die konzessionierte Programmveranstalterin sowohl gesetzliche als auch aus der Konzession fließende Verpflichtungen hinsichtlich des üpA, deren Einhaltung es sicherzustellen gelte. Mangels Zuständigkeit der UBI – diese überprüfe gemäss Art. 86 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 83 Abs. 1 lit. a RTVG<sup>7</sup> bloss Inhalte ausgestrahlter redaktioneller Sendungen – obliege die Rechtskontrolle dem BAKOM. Für die Wahrnehmung dieser Aufsichtstätigkeit biete Art. 86 RTVG eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage (E. 2.3.).

Die Aufsichtszuständigkeit des BAKOM über die Internetpublikationen der SRG betrachtete das BVGer als verfassungskonform. Zwar stelle die Aufsicht über den Inhalt des üpA einen Eingriff in das Grundrecht der Medienfreiheit nach Art. 17 Abs. 1 BV dar; dies sei jedoch verhältnismässig, da das Interesse der Öffentlichkeit an einer Aufsicht über das Internet-Angebot höher zu gewichten sei als das Interesse der SRG an unkontrollierten Online-Aktivitäten (E. 3.3.3.).

## II. Medienaufsicht durch die Verwaltung als Resultat einer fragwürdigen Rechtsgüterabwägung

Zuzustimmen ist dem Gericht in seinen Erwägungen insoweit, als die zum üpA zählenden Internetpublikationen der SRG Bestandteil ihres konzessionierten und gebührenfinanzierten Angebotes sind und damit grundsätzlich einer Aufsicht unterliegen<sup>8</sup>. Der Zuständigkeit des BAKOM für die Aufsicht über das üpA Verfassungskonformität zu bescheinigen, war jedoch verfehlt. Vielmehr wäre das BVGer gehalten gewesen, Art. 86 RTVG auf seine EMRK-Konformität zu prüfen und der Norm die Anwendung zu versagen.

### 1. Kompetenzen der Aufsichtsinstanzen nach Art. 86 RTVG

Die Problematik von Art. 86 RTVG liegt in seiner Kollision mit der durch die Bundesverfassung und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>9</sup> garantierten Medienfreiheit.

Korrekterweise prüfte das BVGer zunächst, ob die Aufsichtstätigkeit des BAKOM über den Internetauftritt mit der Medienfreiheit (Art. 17 BV) vereinbar ist (vgl. E. 3.3.). Nach Kritik rufen jedoch die Ausführungen des BVGer zu der nach Art. 36 BV für jede Grundrechtsbeschränkung erforderlichen gesetzlichen Grundlage. Die gesetzliche Grundlage für die inhaltliche Aufsicht des BAKOM im Bereich des üpA sah das Gericht in Art. 86 RTVG, der – wie bereits erwähnt – in Abs. 1 die Medienaufsicht zwischen BAKOM und UBI aufteilt. Demnach wacht das BAKOM darüber, dass RTVG, RTVV, Konzession SRG und einschlägige internationale Übereinkommen eingehalten werden. Während dem Bundesamt die Funktion einer allgemeinen Aufsichtsbehörde zugewiesen wird, stellt der zweite Satz von Art. 86 Abs. 1 RTVG klar, dass Beschwerden über den Inhalt redaktioneller Sendungen in die Zuständigkeit der UBI fallen. Laut Botschaft soll die Aufsicht über redaktionelle Sendungen wegen der politischen und rechtlichen Sensibilität dieser Aufgabe von der verwaltungsunabhängigen UBI wahrgenommen werden<sup>10</sup>.

Tatsache ist, dass die Kompetenz, Beschwerden über den Inhalt des üpA zu behandeln, weder in dieser noch in anderen Bestimmungen des RTVG, der RTVV oder der Konzession SRG explizit gere-

<sup>6</sup> Zwischenverfügung des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) vom 3. August 2010 i.S. SRG SSR idée suisse betreffend Zuständigkeit für die Aufsicht im Bereich des übrigen publizistischen Angebots der SRG.

<sup>7</sup> Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (SR 784.40).

<sup>8</sup> Gemäss Art. 25 Abs. 3 lit. b RTVG ist das «übrige publizistische Angebot» Bestandteil des Leistungsauftrags der SRG. Für die Konkretisierung des Begriffs verweist das Gesetz auf die Konzession für die SRG SSR idée suisse vom 28. November 2007 (Konzession SRG, konsolidiert, BBI 2007, 8557; 2008, 5779; 2009, 4811, 6829; 2010, 7913; geändert durch BRB vom 12. Oktober 2011, Inkrafttreten am 1. November 2011, BBI 2011, 7967). In Art. 13 der Konzession SRG finden sich eigene Regelungen zum Online-Angebot der SRG und Kriterien für das Ergänzungsangebot. Siehe auch R. H. WEBER, Rundfunkrecht, Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG). Stämpfli Handkommentar, Bern 2008, RTVG 25 N 13 ff.

<sup>9</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101).

<sup>10</sup> Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 18. Dezember 2002, BBI 2003, 1569 (hiernach: Botschaft RTVG). Vgl. auch WEBER (Fn. 8), RTVG 86 N 5 f.

gelt wird<sup>11</sup>. Indessen zog das BVGer aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit gehabt – aber nicht genutzt – habe, die UBI mit der Aufsicht über redaktionelle Internetinhalte zu beauftragen, den verhängnisvollen Schluss, dass somit das BAKOM zuständig sei. Die verfassungsrechtlich geschützten Anliegen der Medienfreiheit und der Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen sah das BVGer durch diese Kompetenzzuweisung nicht als gefährdet (E. 3.3.2.).

Wie die Gesetzesmaterialien belegen, war sich der Bundesrat anlässlich der Totalrevision des RTVG des Konfliktpotenzials im Bereich der rundfunkrechtlichen Aufsicht bewusst<sup>12</sup>. Um der technischen und medialen Konvergenz Rechnung zu tragen, schlug er die Schaffung einer umfassend zuständigen, verwaltungsunabhängigen «Kommission für Fernmeldewesen und elektronische Medien» vor. Auf dem Gebiet des Rundfunks sollte diese nicht nur die Aufgaben übernehmen, die das BAKOM im finanziellen und administrativen Bereich erfüllt, sondern darüber hinaus auch die von der UBI zu beurteilenden Programmbeschwerden behandeln. Trotz Hinweisen auf die dynamische Entwicklung des Rundfunks, die besondere Bedeutung der Medienfreiheit und ungeachtet der international verbreiteten Forderung nach verwaltungsunabhängigen Behörden im Kommunikationsbereich<sup>13</sup>, entschieden sich die Räte schliesslich gegen eine Vereinigung der gesamten Rechtsaufsicht in einer Instanz<sup>14</sup>.

Mit diesem Entscheid hat sich der Gesetzgeber bloss dagegen entschieden, die gesamte Rundfunkaufsicht einer verwaltungsunabhängigen Kommission zu übertragen. Unangetastet blieben jedoch der Grundsatz der Gesetzmässigkeit und die Anforderungen an rechtsstaatliches Handeln gemäss Art. 5 Abs. 1 BV, die staatlichen Einfluss im Medienbereich eindämmen. Die Frage, ob Art. 86 Abs. 1 RTVG hinreichend klar und bestimmt sei, um eine Aufsichtszuständigkeit des BAKOM über redaktionelle Online-Inhalte der SRG zu begründen, muss deshalb unter Berücksichtigung von Art. 17 und 93 Abs. 3 BV erfolgen, die gebieten, dass die Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen zu wahren ist. Die 1999 revidierte Bundesverfassung – die Internetpräsenz von Fernsehunternehmen steckte damals noch in den Kinderschuhen<sup>15</sup> – schreibt für Programmbeschwerden eine unabhängige Beschwerdeinstanz vor. Inhalte redaktioneller Beiträge sollen von weisungsfreien und in Ausübung ihres Amtes unabhängigen Personen beurteilt werden<sup>16</sup>. Nichts anderes darf für redaktionelle Online-Inhalte eines Fernsehveranstalters gelten, zumal diese nicht minder anfällig auf obrigkeitliche Einschüchterung sind als Sendungen, die im Fernsehen und im Internet ausgestrahlt werden.

Die Auffassung des BVGer, dass Art. 86 Abs. 1 Satz 1 RTVG eine ausreichende gesetzliche Grundlage darstelle, um die Aufsichtskompetenz über das üpA dem BAKOM zu übertragen, ist somit nicht zutreffend. Hierzu mangelt es insbesondere an der notwendigen Bestimmtheit der formell-gesetzlichen Grundlage. Auf hinreichender Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage ist aber gerade im Medienbereich zu insistieren, um zu verhindern, dass sich vage Normen als «chilling effect» abschreckend auf die Arbeit der Medien und ihrer Mitarbeiter auswirken<sup>17</sup>.

## 2. Verkannte Interessenlage

Einen zweiten Fehler machte das BVGer bei der Verhältnismässigkeitsprüfung. Es bejahte die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs mit dem Argument, dass das öffentliche Interesse an einer Aufsicht die «Interessen der SRG und ihrer Medienschaffenden an der unkontrollierten Ausübung ihrer Tätigkeit» überwiege (E. 3.3.3.). Das vom Gericht hierbei in die Rechtsgüterabwägung einbezogene Interesse seitens der SRG macht allerdings stutzig, geht es in der Sache doch weniger um die Beanspruchung eines rechtsfreien Raums im Internet als vielmehr um das durch die Bundesverfassung geschützte Interesse an einer verwaltungsunabhängigen Programmaufsicht. Die Vermutung liegt

<sup>11</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Fn. 8.

<sup>12</sup> Botschaft RTVG (Fn. 10), 1649 ff.

<sup>13</sup> Botschaft RTVG (Fn. 10), 1649, 1655.

<sup>14</sup> Damit nahmen die Räte die vom Bundesrat befürchtete «Verzettelung von Kompetenz und Sachverstand» in Kauf, Botschaft RTVG (Fn. 10), 1650. Vgl. auch WEBER (Fn. 8), RTVG Vorbemerkungen zu 86–99 N 4 ff. m.w.H.

<sup>15</sup> J. TRAPPEL, Onlinestrategien von ORF und SRG/SSR. Konträre Konzepte in Österreich und der Schweiz, Media Perspektiven 2001, 422 ff.

<sup>16</sup> Wie M. DUMERMUTH betont, stand die Furcht vor vermehrter staatlicher Einflussnahme auf das Rundfunkschaffen seinerzeit hinter dem Entscheid des Gesetzgebers, mit der UBI eine verwaltungsunabhängige Programmaufsichtsbehörde zu schaffen. Siehe M. DUMERMUTH, Regulierung des öffentlichen Rundfunks in der Schweiz – Erfahrungen und Perspektiven, in: P. Donges/M. Puppis (Hg.), Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks. Internationale Beiträge aus Wissenschaft und Praxis, Köln 2003, 297.

<sup>17</sup> Ähnlich warnen MÜLLER/SCHEFER vor «chilling effects» vager gesetzlicher Grundlagen im Bereich des Medienrechts. Siehe J. P. MÜLLER/M. SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 376 f.

nahe, dass das BVGer mit diesem argumentativen «Kunstgriff» verhindern wollte, einer Bestimmung in einem Bundesgesetz – hier Art. 86 RTVG – wegen Grundrechtswidrigkeit die Anwendung versagen zu müssen<sup>18</sup>.

Der Grund dafür mag in Art. 190 BV liegen, wonach sowohl Bundesgesetze als auch Völkerrecht für die rechtsanwendenden Behörden «massgebend» sind. Für eine bundesgesetzliche Norm bedeutet dies, dass diese auch bei Feststellung einer allfälligen Verfassungswidrigkeit anwendbar bleibt<sup>19</sup>. Möglich bleibt lediglich die richterliche Kritik am anzuwendenden Bundesgesetz (sog. Appellentscheid)<sup>20</sup>, welche die Legislative u.U. zu einer Gesetzesrevision veranlassen kann<sup>21</sup>. In casu hat das BVGer (wie im Übrigen auch schon das BAKOM) tatsächlich den Gesetzgeber zumindest implizit kritisiert: Dieser habe den verfassungsrechtlichen Konflikt mit Art. 17 BV erkannt und die im Rahmen der Totalrevision des RTVG eröffnete Möglichkeit nicht genutzt, «die UBI für Beschwerden zuständig zu erklären, die den Inhalt des üpA betreffen» (E. 3.3.2.).

Vorzuwerfen ist dem BVGer, dass es den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz – insbesondere den aus Art. 10 EMRK fliessenden – in seiner Entscheidung zu wenig Beachtung geschenkt hat. Es entspricht anerkannter Lehre und Rechtsprechung, im Falle eines Widerspruchs zwischen Bundesgesetzen und Völkerrecht Letzterem den Vorrang einzuräumen<sup>22</sup>. Dieser Grundsatz wird zum einen aus Art. 5 Abs. 4 BV und zum anderen aus Art. 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) abgeleitet. Art. 27 WVK bestimmt in Satz 1, dass sich ein Vertragsstaat nicht auf Normen des innerstaatlichen Rechts berufen kann, um die Nichterfüllung eines völkerrechtlichen Vertrages zu rechtfertigen<sup>23</sup>. Eine Ausnahme davon bilden Fälle, in denen die sogenannte Schubert-Praxis zur Anwendung gelangt. Gemäss dieser im BGE 99 Ib 39 im Jahr 1973 begründeten Praxis sollen jüngere Bundesgesetze einem älteren Staatsvertrag vorgehen, sofern der schweizerische Gesetzgeber bewusst gegen Völkerrecht verstossen oder die Völkerrechtsverletzung bewusst in Kauf genommen hat. Davon ist auszugehen, wenn anlässlich der Beratung des Bundesgesetzes ein allfälliger Verstoss thematisiert wurde<sup>24</sup>.

Sowohl die Botschaft zum RTVG als auch die Protokolle der parlamentarischen Beratungen deuten darauf hin, dass sich der Gesetzgeber im Rahmen der Totalrevision des RTVG der völkerrechtlichen Relevanz einer verwaltungsabhängigen Rundfunkaufsicht bewusst war und mit Art. 86 RTVG wissentlich eine Regelung getroffen hat, die gegen bestehendes Völkerrecht verstösst<sup>25</sup>. Nach der Schubert-Praxis hätte dies eigentlich die Nichtanwendung der älteren völkerrechtlichen Norm zur Folge. Indessen ist die Schubert-Praxis – nach wiederholter Kritik in der Lehre und sich in jüngerer Zeit teilweise widersprechender bundesgerichtlicher Urteile – heute grundsätzlich infrage gestellt<sup>26</sup>.

Zudem hat diese Praxis seit einem neuen Leiturtel des Bundesgerichts aus dem Jahr 1999 eine klare Beschränkung erfahren. Demnach wird dem Völkerrecht immer dann Vorrang gegenüber widersprechendem Bundesgesetz eingeräumt, wenn es sich um eine völkerrechtliche Norm zum Zwecke des Menschenrechtsschutzes handelt, wie er in Europa namentlich durch die EMRK gewährt wird. Diese

<sup>18</sup> GRABER (Fn. 2), 156 f.

<sup>19</sup> Vgl. z.B. BGE 137 I 23 ff. E. 2.4.4 oder BGE 135 II 384 ff. E. 3.1. Diese Bindung der Gerichte an Bundesgesetze ist im Übrigen immer wieder Gegenstand politischer Kontroversen. So finden auch aktuell – anlässlich eines Vorschlags der Rechtskommission des Nationalrates zur Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit im konkreten Anwendungsfall auf Bundesgesetze – hitzige parlamentarische Debatten statt. Die herrschende Staatsrechtslehre unterstützt den Vorstoss der Kommission (vgl. zum Stand der Diskussionen die Beiträge in der NZZ 2011 Nr. 143, 13 und 23). Vgl. auch verschiedene Beiträge namhafter Staatsrechtler in der Schwerpunkt-Ausgabe von Jusletter zum Thema Verfassungsgerichtsbarkeit vom 12. September 2011.

<sup>20</sup> Vgl. z.B. BGE 136 II 120 ff. E. 3.5.3. Weitere Verweise auch bei F. UHLMANN/D. HOFSTETTER, Aufhebung von Art. 190 BV, Jusletter 12. September 2011, 3.

<sup>21</sup> U. HÄFELIN/W. HALLER/H. KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, N 2089 m.w.H.; R. A. RHINOW/M. SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, N 2857.

<sup>22</sup> Vgl. BGE 122 II 234 ff. E. 4.e; BGE 122 II 485 ff. E. 3; Y. HANGARTNER, in: B. Ehrenzeller/P. Mastronardi/R. J. Schweizer/K. A. Vallender (Hg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, BV 190 N 29; HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 21), N 1926, 2091; RHINOW/SCHEFER (Fn. 21), N 3616 ff.; J. P. MÜLLER, Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, Jusletter 1. März 2010, 3.

<sup>23</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK) vom 23. Mai 1969 (SR 0.111).

<sup>24</sup> HANGARTNER (Fn. 22), BV 190 N 30.

<sup>25</sup> Vgl. Botschaft RTVG (Fn. 10), 1649 f. und Amtl. Bull. SR 2005, 194 ff.

<sup>26</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 21), N 1926; MÜLLER (Fn. 22), 3. Zur Uneinigkeit zwischen der Zivilabteilung und der öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts siehe auch F. SCHÖBI, Vorrang der EMRK vor Bundesgesetzen? Bemerkungen zu BGE 136 III 168, recht 2010, 131 ff.; R. BAUMANN, Die Tragweite der Schubert-Praxis, AJP 2010, 1009 ff.; UHLMANN/HOFSTETTER (Fn. 20), 4.



im sog. PKK-Entscheid<sup>27</sup> begründete und seither wiederholt bestätigte bundesgerichtliche Praxis ist eine Folge davon, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) Entscheide des Bundesgerichts auf Einhaltung der in der EMRK verbrieften Menschenrechte überprüft. Das Bundesgericht will damit vermeiden, EMRK-widrige Urteile nach einer Rüge des EGMR nach den Vorschriften von Art. 122 BGG revidieren zu müssen<sup>28</sup>. Diese neue Praxis ist auch deshalb zu begrüssen, weil der Zweck der EMRK, die Hoheitsgewalt ihrer Signatarstaaten zu begrenzen<sup>29</sup>, hinfällig würde, wenn die Schweiz mit dem Schubert-Argument die Konvention aushebeln könnte.

Damit bleibt die Frage, ob die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde über den Inhalt des üpA Menschenrechtsschutz genießt.

Die Medienfreiheit ist ein Teilaspekt von Art. 10 EMRK. Zu ihrem Kerngehalt zählt der Schutz der Freiheit von Medienunternehmen vor staatlicher Beeinflussung<sup>30</sup>. Zur Verwirklichung der Medienfreiheit von Rundfunkunternehmen gehört u.E. auch die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde. Ein Indiz dafür, dass der Strassburger Gerichtshof gleicher Auffassung sein könnte, findet sich im unlängst ergangenen Urteil des EGMR vom 17. September 2009 i.S. Manole u.a. gegen Republik Moldau<sup>31</sup>. In diesem leading case machte das Gericht zentrale Aussagen zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Kontext von Art. 10 EMRK und verwies dabei auf die Empfehlung Rec(2000)23 des Europarat-Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten betreffend die Unabhängigkeit und die Funktion der Regulusbehörden vom 20. Dezember 2000. Darin unterstrich das Komitee, dass die Mitgliedstaaten des Europarats<sup>32</sup> grossen Wert darauf legen, die Unabhängigkeit öffentlich-rechtlicher Rundfunkbehörden von Wirtschaft und Politik zu garantieren. In diesem Sinne empfiehlt auch das Ministerkomitee den Mitgliedstaaten, eine unabhängige Regelungsbehörde für den Rundfunkbereich einzusetzen<sup>33</sup>. Geht es – wie hier – um Inhaltskontrollen, muss die staatliche Unabhängigkeit der Kontrollbehörde als Ausfluss von Art. 10 EMRK erst recht gewährleistet sein<sup>34</sup>.

### III. Schlussfolgerungen

Verwaltungsabhängige Medienaufsicht scheint nicht nur ein osteuropäisches Problem zu sein. Auch die Schweiz ist in dieser Hinsicht keine Musterschülerin. So ist das BAKOM aufgrund einer rechtsstaatliche Grundsätze missachtenden Auslegung von Art. 86 Abs. 1 RTVG neuerdings direkt für Kontrollen von Medieninhalten im Online-Angebot der SRG zuständig. Das BVGer wusste diesen Missstand mangels ausreichender Sensibilität für das auch im Online-Bereich wichtige Anliegen einer staatsunabhängigen Programmaufsicht nicht zu korrigieren.

Vor diesem Hintergrund ist es bedauerlich, dass die SRG den Entscheid des BVGer nicht an das Bundesgericht weitergezogen hat. Damit ist der Ball nun beim Gesetzgeber, dem wir empfehlen, die inhaltliche Aufsichtszuständigkeit über das üpA der SRG möglichst rasch der UBI zu übertragen und damit das RTVG an die Verpflichtungen der EMRK anzupassen.

Die Entwicklung im Online-Bereich ist freilich im Fluss und die Überprüfung von rundfunkrechtlichen Bestimmungen, die auf die neuen Verhältnisse im Internet nicht mehr so recht passen wollen, noch lange nicht abgeschlossen. Von den Gerichten ist zu fordern, sich diesen Fragen vermehrt zu öffnen. Denn es ist fraglich, ob die traditionelle Auslegung rundfunkrechtlicher Bestimmungen dem Umgang mit neuen und zunehmend hybriden Mediendiensten immer dient. So hätte das BVGer die Gelegenheit nutzen können, eine weite Interpretation des Sendebegriffs im Internet zu thematisieren, statt sich mit der knappen Feststellung zu begnügen, dass der im Internet-Angebot der SRG publizierte strittige Text nicht der Legaldefinition von «Sendung» gemäss Art. 2 lit. b RTVG genüge und eine Zuständig-

<sup>27</sup> BGE 125 II 417 ff. E. 4.d., «Propagandamaterial PKK».

<sup>28</sup> HANGARTNER (Fn. 22), BV 190 N 32; MÜLLER (Fn. 22), 4; W. HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit im Blickfeld schweizerischer Juristinnen und Juristen, Jusletter 12. September 2011, 3.

<sup>29</sup> J. A. FROWEIN/W. PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, Kehl am Rhein 2009, 20.

<sup>30</sup> M. HOLOUBEK, Unabhängigkeit des Rundfunks durch Unabhängigkeit der Rundfunkregulierung?, in: T. Kleist/A. Roßnagel/A. Scheuer (Hg.), Europäisches und nationales Medienrecht im Dialog. Recht – Politik – Kultur – Technik – Nutzung. Festschrift aus Anlass des 20-jährigen Bestehens des Instituts für Europäisches Medienrecht e.V. (EMR), Baden-Baden 2010, 76.

<sup>31</sup> Vgl. F. ZELLER, EGMR: Ungenügender Schutz des öffentlichen Rundfunks vor politischer Einflussnahme, Urteil des EGMR (4. Kammer) vom 17. September 2009 (N° 13936/02 «Manole u.a. c. Moldawien»), medialex 2009, 234.

<sup>32</sup> Sitzung des Europarates vom 5. Mai 1949 (SR 0.192.030). Die Schweiz ist im Jahr 1963 als 17. Mitglied dem Europarat beigetreten.

<sup>33</sup> EGMR vom 17. September 2009, Nr. 13936/02, §§ 102 ff., «Manole u.a. c. Moldawien».

<sup>34</sup> GRABER (Fn. 2), 156 f.

keit der UBI auf der Grundlage von Art. 86 somit wegfallen<sup>35</sup>. Zum einen kann es nämlich aus Nutzersicht sachgerecht erscheinen, den aus einer Kombination von audiovisuellen Angeboten und Textelementen bestehenden Online-Auftritt des Fernsehveranstalters als Einheit wahrzunehmen<sup>36</sup>. Deshalb wäre es naheliegend, dass die UBI auf Beschwerde hin Online-Inhalte der SRG<sup>37</sup> gesamthaft darauf prüft, ob die Informationspflichten gemäss Art. 4 und 5 RTVG eingehalten werden. Zum anderen führt die traditionelle Auslegung des Sendebegriffs zwangsläufig zur Zuständigkeitsspaltung bei der inhaltlichen Aufsicht über die verschiedenen Elemente der Portalseiten: Während textbasierte Inhalte vom BAKOM kontrolliert werden, fallen archivierte, als Videodatei aufgezeichnete Sendungen – auch solche zu demselben Themengebiet(!) – in die Zuständigkeit der UBI (vgl. BVGer-Urteil, E. 4.). Die daraus resultierende Verzettelung der Kräfte der Aufsichtsgremien hätte mit einer weiten Interpretation vermieden werden können.

Letzteres hätte zwar bedeutet, eine Regelung auf einen Sachverhalt auszudehnen, den diese nach ihrem formalen Wortsinn nicht umfasst, wäre aber aus pragmatischen Überlegungen gleichwohl zweckmässig gewesen<sup>38</sup>. Es ist selbstredend, dass eine solche objektivgeltungszeitliche Auslegung aus Gründen der Rechtssicherheit jeweils sehr gut begründet werden muss, da sich sonst die Rechtsunterworfenen nicht mehr auf die Kontinuität von Rechtsnormen verlassen können. Zu bedenken ist auch, dass durch eine nachträgliche Umdeutung einer Norm der Grundsatz der Gewaltenteilung relativiert wird. Im vorliegenden Fall hätte das Gericht diesen beiden Vorbehalten gegenüber einer Auslegung *contra legem* wohl auch nicht ohne Weiteres den Boden entziehen können.

Dennoch bleibt zu konstatieren, dass der Bereich des Rundfunks und der audiovisuellen Medien, durch den technologischen Wandel bedingt, einer rasanten und steten Veränderung unterworfen ist. Im Bestreben sicherzustellen, dass Gesetze effektiv angewandt und durchgesetzt werden, muss die Gesetzgebung mit diesem Tempo Schritt halten. Freilich wird dies dem Gesetzgeber nicht immer und in allen Aspekten gleichermassen gut gelingen. In solchen Situationen kann eine dynamische Rechtsprechung, so wie oben dargelegt, gefragt sein.

## Zusammenfassung

*Die Aufsichtskompetenz über redaktionelle Textbeiträge im Internet-Angebot der SRG dem Bundesamt für Kommunikation zu übertragen, war aus Sicht der Medienfreiheit aus zwei Gründen verfehlt.*

*Erstens ist zu bezweifeln, dass Art. 86 Abs. 1 RTVG eine hinreichend klare und bestimmte gesetzliche Grundlage darstellt, um eine Aufsichtskompetenz des BAKOM im Bereich von Textbeiträgen im Online-Angebot der SRG zu begründen. Hierzu mangelt es insbesondere an der notwendigen Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage – eine Anforderung, die im Medienbereich von besonders grosser Bedeutung ist, um abschreckende Wirkungen («chilling effects») auf journalistische Tätigkeiten zu verhindern.*

*Zweitens steht eine verwaltungsabhängige Rundfunkaufsicht im Konflikt mit der durch Verfassung und EMRK garantierten Medienfreiheit. Zur Verwirklichung der Medienfreiheit von Rundfunkunternehmen gehört auch die staatliche Unabhängigkeit der Kontrollbehörde, insbesondere im Zusammenhang mit*

<sup>35</sup> Gemäss Art. 2 lit. b RTVG wird der Begriff der Sendung als ein formal und inhaltlich in sich geschlossener Teil eines Programms definiert. Das BVGer fand, dass ein im Internet publizierter Text dieses Kriterium nicht erfülle und auch nicht zeitlich angesetzt sei.

<sup>36</sup> Ein ähnlicher Ansatz wird teilweise auch im deutschen Recht vertreten. Vgl. J. WITT, Internet-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Berlin 2007, 144; W. SCHULZ, Medienkonvergenz light – Zur neuen Europäischen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, EuZW 2008, 109.

<sup>37</sup> Ob die SRG die Vorgaben der Konzession einhält oder mit dem Angebot von Textbeiträgen im SF-Meteo-Portal ihren Service-public-Auftrag verlässt, ist eine andere (wettbewerbsrechtliche und -politische) Frage. Für deren Beurteilung ist unumstritten allein das BAKOM zuständig. Eine kürzlich durchgeführte Studie im Auftrag des BAKOM hat ergeben, dass die SRG bei ihrem Online-Angebot die Konzessionsauflagen des Bundes weitgehend einhält. Bei einigen Blogs und Verkaufsangeboten bewege sie sich zwar in Grauzonen, es sei jedoch kein einziges Angebot «jenseits des erlaubten Perimeters identifiziert» worden. Siehe SRG erfüllt die Auflagen im Online-Angebot weitgehend. Blogs und Verkaufsangebote teilweise im «Graubereich», in NZZ Online vom 1. März 2011, einsehbar unter: [www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/srg\\_erfuellt\\_die\\_auflagen\\_im\\_online-angebot\\_weitgehend\\_1.9729774.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/srg_erfuellt_die_auflagen_im_online-angebot_weitgehend_1.9729774.html). Zur Frage der Vereinbarkeit der Online-Aktivitäten der SRG mit dem Service-public-Auftrag bereits C. B. GRABER/P. ZURKINDEN, SRG-Gebühren: Ein zulässiger Hebel ins Internet?, *medialex* 2005, 214 ff. Vgl. auch WEBER (Fn. 8), RTVG 25 N 14.

<sup>38</sup> Ausführlich zur sog. objektiv-geltungszeitlichen Auslegung B. HÜRLIMANN-KAUP/J. SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 2010, N 128 ff.

*Inhaltskontrollen. Textbeiträge, die im Rahmen des übrigen Programmangebots der SRG im Internet publiziert werden, dürfen von diesem grund- und menschenrechtlich garantierten Schutz nicht ausgeschlossen sein. Einer diesen Grundsätzen zuwiderlaufenden Bestimmung in einem Bundesgesetz ist wegen Verstosses gegen übergeordnete Verpflichtungen der Schweiz in internationalen Menschenrechtsabkommen die Anwendung zu versagen. De lege ferenda ist der Gesetzgeber aufgerufen, die UBI mit der Zuständigkeit im Bereich der programmrechtlichen Aufsicht über das Online-Angebot der SRG zu betrauen.*

*Der Beitrag schliesst mit einem Hinweis auf Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, dass einzelne Konzepte des RTVG auf die neuen Bedingungen des Internet nicht mehr recht passen wollen. Gerichte und Gesetzgeber werden gleichermassen dazu aufgefordert, das Rundfunkrecht den neuen technischen und gesellschaftlichen Realitäten besser anzupassen.*

## Résumé

*Accorder à l'Office fédéral de la communication la compétence de surveiller les contributions rédactionnelles du portail Internet de la SSR était une erreur du point de vue de la liberté de la presse, et ce pour deux raisons.*

*Premièrement, on peut douter que l'art. 86 al. 1 LRTV représente une base légale suffisamment claire et précise pour légitimer une surveillance de l'OFCOM dans le domaine des contributions rédactionnelles de l'offre en ligne de la SSR. Le nécessaire degré de précision de la base légale fait défaut – une exigence particulièrement importante dans le domaine des médias, pour empêcher l'effet d'intimidation («chilling effects») sur les activités journalistiques.*

*Deuxièmement, une surveillance des médias par l'administration entre en conflit avec la liberté de la presse garantie par la Constitution et la CEDH. La liberté des médias implique aussi l'indépendance de l'autorité de contrôle par rapport à l'Etat, notamment en ce qui concerne le contrôle des contenus. Les contributions rédactionnelles publiées sur Internet dans le cadre de l'offre de programmes habituelle de la SSR ne doivent pas être exclues de cette protection, qui est garantie comme droit fondamental. Une disposition légale fédérale contraire à ces principes, qui violerait les engagements internationaux ratifiés par la Suisse, doit être rejetée. De lege ferenda, le législateur est appelé à confier à l'AIEP la compétence de surveiller l'offre en ligne de la SSR, dans le cadre de la surveillance des programmes.*

*L'article conclut sur les difficultés résultant du fait que les conceptions de la LRTV ne conviennent guère aux nouvelles conditions d'Internet. Les Tribunaux, tout comme le législateur, sont invités à adapter le droit des médias aux nouvelles réalités techniques et sociales.*