

# Zum Verhältnis von Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit im Verfassungsrecht des Bundes und in der EMRK\*

Jörg Paul Müller

Professor für Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht sowie Rechtsphilosophie an der Universität Bern und

Martin Looser

Fürsprecher, Assistent am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern

Dass Demokratie als Staatsform und freier Markt als Ordnungsprinzip der Wirtschaft eng miteinander verwoben sind, war seit langem ein Leitbild der industrialisierten westlichen Welt (USA, EU-Staaten, Schweiz) und ist am Ende des 20. Jahrhunderts, in Europa besonders nach 1989, zu einer politischen Zielsetzung mit globalem Geltungsanspruch geworden<sup>1</sup>. Diese Entwicklung findet auch Niederschlag in vermehrten Überschneidungen, Konkurrenzen und Konflikten zwischen den Grundrechten der demokratischen Kommunikation und den verfassungsrechtlichen Garantien eines freien Marktes. Die Grundrechtsdogmatik in der Schweiz ist noch wenig gerüstet, um dieser Entwicklung mit überzeugenden Lösungsansätzen zu begegnen.

Im Folgenden wird zunächst die besondere Stellung von Wirtschaftsfreiheit und Meinungsfreiheit in der neuen Bundesverfassung untersucht, und das Ergebnis mit der Strassburger Rechtsprechung zur EMRK konfrontiert. Wegen des engen Sachzusammenhangs zwischen Demokratie und freiem Markt kann die Lösung von Fällen, die beide Ordnungsgefüge betreffen, nicht befriedigend durch Subsumtion unter das eine oder das andere Grundrecht gefunden werden; es müssen

vielmehr im Einzelfall die Vielzahl informationeller oder ökonomischer Aspekte, die im Bereich des Marktes oder der politischen Ordnung Bedeutung haben, miteinander konfrontiert und in ihrer jeweiligen Tragweite beurteilt werden. Nur so wird man der Verfassung als einer einheitlichen Grundordnung für den Bereich der Wirtschaft, der Politik und der weiteren Gesellschaft gerecht.

## 1. Die spezifisch schweizerische Garantie der Wirtschaftsfreiheit

Die Abgrenzung von Meinungsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit ist in der Schweiz von besonderer Tragweite<sup>2</sup>: Es ist keine andere Verfassung bekannt, die mit gleicher Prägnanz die Wirtschaftsfreiheit als eigenständiges Grundrecht garantiert wie es die alte und die neue Bundesverfassung tun.

So beschränkt sich etwa das Bonner Grundgesetz auf eine Garantie der Berufsfreiheit (Art. 12 GG), den Schutz der Geschäftsräume (Art. 13 GG) sowie die nach der Rechtsprechung anerkannte allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)<sup>3</sup>,

**Résumé:** *L'article analyse les relations très particulières et très actuelles qui existent entre la liberté du commerce et la liberté d'expression. Plutôt que de promouvoir une solution globale et schématique aux contradictions ou aux conflits entre les intérêts économiques et idéaux, l'auteur propose dans le sens de l'unité de la Constitution, une comparaison des biens protégés de cas en cas, qui prenne en compte aussi bien les différents intérêts économiques que les droits fondamentaux politico-démocratiques et individuels.*

\* Der Aufsatz beruht auf einem Vortrag anlässlich der Kommunikationsrechtstagung vom 12. Oktober 1999 in Freiburg.

1 Zum inneren Zusammenhang von Demokratie und Marktwirtschaft vgl. etwa PETER HABERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. Berlin 1998, S. 890 ff. m.w.H.

2 Zu verschiedenen Berührungspunkten und Konfliktfeldern von Wirtschaftsfreiheiten und Kommunikationsgrundrechten im schweizerischen Verfassungsrecht vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 203 ff., S. 218 ff. und S. 223 ff. (Gemeinsame Regeln und Grundsätze), S. 253 f. (Pressefreiheit), S. 266 f. (Freie Kommunikation an Radio und Fernsehen), S. 293 (Informationsfreiheit), S. 306 ff. (Kunsthfreiheit).

3 Siehe dazu etwa ROLF STÖBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 10. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln 1996, S. 180 ff.

**Zusammenfassung:**  
*Der Artikel untersucht die heute besonders aktuellen Schnittstellen von wirtschaftlicher und publizistischer Freiheit. Entgegen einem verbreiteten schematischen Vorgehen bei der Lösung von Widersprüchen oder Konflikten zwischen wirtschaftlichen und ideellen Grundrechtsinteressen, schlagen die Autoren im Sinne der Einheit der Verfassung in jedem Fall eine Güterabwägung vor, die sowohl die verschiedenen wirtschaftlichen Interessen wie auch die politisch-demokratischen und individuellen Grundrechtsanliegen zur Geltung bringt.*

während es auf die grundrechtliche Absicherung einer bestimmten Wirtschaftsordnung bewusst verzichtet<sup>4</sup>.

Auch die amerikanische Unionsverfassung enthält keine dem Art. 31 aBV bzw. Art. 27 BV vergleichbare Bestimmung. Die Freiheit wirtschaftlicher Tätigkeit wird im Rahmen der «due process clause» des 5. und 14. Amendments nur in sehr geringem Umfang geschützt<sup>5</sup>.

In den grossen Menschenrechtserklärungen (Virginia Bill of Rights von 1776, Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen von 1789, UNO-Menschenrechtserklärung von 1948) fehlt eine dem Art. 31 aBV und Art. 27 BV entsprechende Garantie. Die Wirtschaftsfreiheit gehört insofern nicht zu den sog. klassischen Freiheitsrechten<sup>6</sup>.

Im internationalen Wirtschaftsrecht haben Diskriminierungsverbote bzw. spezifische Marktfreiheiten in neuerer Zeit ein besonderes Gewicht bekommen. Hingewiesen sei etwa auf das

GATT/WTO, den EG-Vertrag, das EFTA-Übereinkommen, das Freihandelsabkommen mit der EG und weitere bilaterale Abkommen<sup>7</sup>. Diesen kann im internationalen Verhältnis (grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit) eine der Wirtschaftsfreiheit teilweise vergleichbare Wirkung zukommen. Die Rechtsprechung des EuGH misst zudem den vier Grundfreiheiten den Charakter individueller Rechte zu und anerkennt im Sinne allgemeiner Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ungeschriebene Grundrechtsgarantien, welche nebst der Eigentumsgarantie auch eine Anzahl wirtschaftlicher Grundrechte umfassen<sup>8</sup>.

Wegen des besonderen Stellenwerts der Wirtschaftsfreiheit in der BV stellt sich auch die Zuordnung von Werbung oder anderer wirtschaftsrelevanter Information in der schweizerischen Verfassungsordnung in ganz spezifischer Weise.

## 2. Wirtschaftsfreiheit und Kommunikationsgrundrechte in der alten und der neuen Bundesverfassung

Die *Wirtschaftsfreiheit* hat in der neuen BV keine materielle Änderung erfahren<sup>9</sup>; so haben jedenfalls Bundesrat<sup>10</sup> und Par-

4 Zur diesbezüglichen Offenheit des Bonner Grundgesetzes vgl. HORST DREIER, Art. 2 Abs. 1, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Tübingen 1996, Bd. I, Rz. 24, 35 (mit Fn. 125) sowie JOACHIM WIELAND, Art. 12, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Tübingen 1996, Bd. I, Rz. 61.

Einen rechtsvergleichenden Überblick über den Schutz wirtschaftsbezogener Rechte findet sich bei HANS-WERNER RENGELING, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, München 1993, S. 16 ff.

5 Aus der Rechtsprechung grundlegend *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483 (1955); vgl. auch etwa RONALD D. ROTUNDA/JOHN E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*, 2nd ed. St. Paul MN 1992, Bd. II, S. 399 ff. Die «commerce clause» in Art. I sec. 8 cl. 3 der Unionsverfassung weist dem U.S. Kongress die Zuständigkeit zur Gesetzgebung u.a. über den Handel zwischen den Gliedstaaten zu. Im Rahmen der sog. «dormant commerce clause» gewährleistet der U.S. Supreme Court in gewissem Masse eine verfassungsrechtliche Garantie gegen Beschränkungen des Handels durch die Gliedstaaten; dieser quasi-grundrechtliche Anspruch steht aber unter Vorbehalt abweichender Regelungen des U.S. Kongresses. Siehe ROTUNDA/NOWAK, *Treatise*, Bd. 2, § 11.1, S. 1 ff.

6 FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949, S. 274.

7 Siehe dazu etwa PAUL RICHLI/GEORG MÜLLER/TOBIAJ JAAG, *Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes*, Basel 1995, S. 74 ff.; KLAUS A. VALLENDER, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 3. Aufl. Bern 1995, S. 541 ff.; LEO SCHÜRMAN, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3. Aufl. Bern 1994, S. 314 ff.; TOMAS POLEDNA, *Staatliche Bewilligungen und Konzessionen*, Bern 1994, S. 50 ff.; WILLIAM ELIO ANDRICH, *Die Wirtschaftsfreiheit im schweizerischen Ausenwirtschaftsrecht*, Diss. St. Gallen 1995, S. 68 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, *Schweizerische und Europäische Wirtschaftsverfassung im Vergleich*, ZBI 1996, S. 62 ff.; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basel 1998, § 8-10.

8 Siehe die Übersicht bei BIAGGINI, *Wirtschaftsverfassung* (Anm. 7), S. 71, m.w.H.

9 Eine Klärung gegenüber der aBV bringt Art. 94 BV insofern, als Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit, die sich mit dem Mechanismus des Wettbewerbs vereinbaren lassen (*grundsatzkonforme* Beschränkungen), nicht von einer Grundlage in der Verfassung abhängig gemacht werden. Vgl. dazu J.P. MÜLLER, *Grundrechte* (Anm. 2), S. 636, 660 ff.

10 Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 174 ff., 294 ff.

lament<sup>11</sup> im Rahmen der Vorarbeiten die Neufassung von 1998 charakterisiert. Neu ist, dass das Grundrecht an zwei Stellen aufleuchtet: in Art. 27 als eigentliche Grundrechtsgewährleistung und in den Art. 94 und 95 als Garantie innerhalb der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen<sup>12</sup>. Die wesentlichen materiellen Änderungen hat die Wirtschaftsfreiheit nicht im Rahmen der Verfassungserneuerung, als vielmehr auf Gesetzesstufe, z.B. im Rahmen des Binnenmarktgesetzes oder des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, gefunden. Die heftigen Entwicklungen im Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts werden den schweizerischen Gesetzgeber zu weiteren Anpassungen zwingen.

Bei einem Textvergleich zwischen aBV und BV könnte man den Eindruck bekommen, die *Kommunikationsgrundrechte* seien ein höchst innovativer Teil der neuen Verfassung<sup>13</sup>. So sind mindestens sieben Artikel der Meinungs- und Informationsfreiheit gewidmet (Art. 16 – 18, Art. 20 – 22, Art. 34, Art. 93 BV); andere Bestimmungen haben ausserdem einen besonderen Bezug zur gesellschaftlichen und politischen Kommunikation (Art. 64, 66, 67, 69, 70, 71, 92, 137 BV).

Substanziell ist jedoch gegenüber dem früheren geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes und dem europäischen Konventionsrecht im Wesentlichen keine Erweiterung festzustellen.

### 3. Unterschiedliche Schutzbereiche der Meinungsfreiheit in BV und EMRK

Im Rahmen der EMRK ist kein Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit verankert. Der Schutzbereich des Art. 10 EMRK<sup>14</sup> ist jedoch umfassender als der Anwendungsbereich der Meinungsfreiheit in der Schweiz; unter ihn fällt auch Werbung und andere wirtschaftliche Information, so z.B. nach der Rechtsprechung des EGMR die Eigenwerbung eines Anwalts (Casado Coca<sup>15</sup>) oder die Kritik an einem Wirtschaftsprodukt in einer Zeitschrift (markt intern<sup>16</sup>)<sup>17</sup>. Heisst dies nun, dass das Bundesgericht seine Praxis ändern,

sich dem EGMR anpassen und kommerzielle Äusserungen auch im Rahmen der BV unter dem Gesichtspunkt der Meinungsfreiheit und nicht mehr der Wirtschaftsfreiheit prüfen muss? Wären von dieser neuen Zuordnung gegenüber der jetzigen Praxis unterschiedliche, abweichende Er-

- 11 Amtl. Bull. NR 1998 (Separatdruck Reform der Bundesverfassung), S. 218 ff., 311 ff.; Amtl. Bull. SR 1998 (Separatdruck Reform der Bundesverfassung), S. 45, 86 ff.
- 12 J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 2), S. 635 f.; RENÉ RHINOW, Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft (Berner Tage für die juristische Praxis 1999), Bern 2000, S. 157 ff., insb. S. 163 ff.
- 13 Vgl. dazu ANDREAS KLEY, Die Medien im neuen Verfassungsrecht, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft (Berner Tage für die juristische Praxis 1999), Bern 2000, S. 183 ff.
- 14 Vgl. etwa ANTHONY LESTER, Freedom of Expression, in: R.St.J. MacDonald/F. Matscher/H. Petzold (Hrsg.), The European System for the Protection of Human Rights, Dordrecht 1993, S. 469 ff.; JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. Kehl/Strassburg/Arlington 1996, S. 389, Rz. 9; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl. Zürich 1999, Rz. 603, 613 f.; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMAN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl. Bern 1999, S. 285 f.  
Auch die von UNO-Pakt II garantierte Meinungsäusserungsfreiheit unterscheidet sich im Schutzbereich von Art. 16 BV und geht von einem weiten Begriff der Meinung aus. Art. 19 Abs. 2 UNO-Pakt II unterstellt den Kommunikationsgrundrechten «Informationen und Gedankengut jeder Art». Der UNO-Menschenrechtsausschuss führt dazu aus: «Article 19, paragraph 2, must be interpreted as encompassing every form of subjective ideas and opinions capable of transmission to others (...)» (McIntyre et al. v. Canada, Communication No. 359/1989 und 385/1989, Ziff. 11.3). Vorbehalten bleiben lediglich die Schranken von Art. 20 UNO-Pakt II (Kriegspropaganda, gewisse Äusserungen zur Förderung des nationalen, rassischen oder religiösen Hasses). Vgl. dazu ALBERTO ACHERMANN/MARTINA CARONI/WALTER KÄLIN, Die Bedeutung des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht, in: Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 212 f., 384.
- 15 Casado Coca c. Spanien, Ser. A. Nr. 285, Ziff. 35 f. Dem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Anwalt Casado Coca veröffentlichte in einer Zeitschrift eine Anzeige, die seinen Namen, sein Geschäftsdomizil und die Berufsbezeichnung enthielt. Wegen Verletzung der Landesregeln wurde Herr Casado Coca von der zuständigen Instanz verwahrt, wogegen er sich beschwerte, zuletzt bei den Strassburger Organen. Der EGMR hielt Art. 10 EMRK auf den Sachverhalt anwendbar (Ziff. 36); auch Äusserungen mit kommerziellem Inhalt fielen in den Anwendungsbereich von Art. 10 EMRK (Ziff. 35). Im konkreten Fall verneinte der Gerichtshof jedoch eine Konventionsverletzung (Ziff. 50 ff.).
- 16 markt intern Verlag GmbH c. Deutschland, Ser. A Nr. 165, Ziff. 26. Der Verlag markt intern GmbH hatte in einem Informationsbulletin Kritik an der Geschäftspraxis eines Versandhauses geübt und mit einem realen Beispiel illustriert. Auf Klage des Versandhauses wurde markt intern verboten, sich zur Sache weiter zu äussern. Dagegen wehrte sich der Verlag zuletzt in Strassburg. Der Gerichtshof führte aus, dass auch kommerzielle Information unter Art. 10 EMRK falle (Ziff. 26). Das Verbot hielt er jedoch im konkreten Fall mit der Konvention vereinbar (bei einem Stimmenverhältnis von 9:9).
- 17 Vgl. auch Autronic AG c. Schweiz, Ser. A Nr. 178, wo der Empfang eines Satellitenfernsehprogramms zu rein kommerziellen Zwecken durch Art. 10 EMRK geschützt wurde (Ziff. 47). Vgl. VILLIGER, Handbuch EMRK (Anm. 14), Rz. 626 m.w.H.

gebnisse zu erwarten? Konkret: Macht es einen Unterschied aus, ob die Reklame eines Anwalts oder Arztes unter dem Titel der Meinungsfreiheit der BV oder der Wirtschaftsfreiheit der BV geprüft wird? Kommt man zu unterschiedlichen Lösungen, ob man die Organisation des Radio- und Fernsehwesens primär unter dem Aspekt der Wirtschafts-(Unternehmens-)freiheit betrachtet oder demjenigen der Meinungsfreiheit<sup>18</sup>?

#### 4. Höherwertigkeit der Meinungsfreiheit gegenüber der Wirtschaftsfreiheit?

##### a) Das Konzept der «Preferred Position»

In der Staatsrechtslehre und -praxis findet sich ein Argumentationsstrang, der diese Fragen klar im Sinne eines unterschiedlichen Ergebnisses beantworten lässt: Nach dem Konzept der «preferred position» gibt es einen grundsätzlichen Vorrang in der Werthaftigkeit und damit

in der Schutzintensität ideeller Freiheitsrechte gegenüber wirtschaftlichen Grundrechten, namentlich gegenüber der Wirtschaftsfreiheit und der Eigentumsgarantie<sup>19</sup>. Sowohl in der Lehre<sup>20</sup> als auch in der Praxis des Bundesgerichts<sup>21</sup> finden sich eindeutige Stellungen für eine solche Hierarchie<sup>22</sup>. Sehr deutlich hat sich das Bundesgericht zur Meinungsfreiheit im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Verteilens von Flugblättern geäußert:

«Mais la liberté d'expression n'est pas seulement (...) un élément indispensable à l'épanouissement de la personne humaine; elle est encore le fondement de tout Etat démocratique: permettant la libre formation de l'opinion, notamment de l'opinion politique, elle est indispensable au plein exercice de la démocratie. Elle mérite dès lors une place à part dans le catalogue des droits individuels garantis par la constitution et un traitement privilégié de la part des autorités.»<sup>23</sup>

Die Privilegierung von Tätigkeiten, die für das politische Leben auch von Minderheiten in der Demokratie unerlässlich sind, lässt sich auch sonst in der Praxis belegen, so wenn das Bundesgericht den verfassungsrechtlichen Anspruch einer politischen Minderheit bejaht, für eine Versammlung den Gemeindesaal zu benutzen, da ihr keine andere Möglichkeit der Vereinigung offenstand<sup>24</sup>. Im Gegensatz dazu liesse sich im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit ein analoger Anspruch eines Wirts (für den Betrieb einer Wirtschaft) oder derjenige eines Unternehmens (für eine Ausstellung) kaum denken. Vielmehr würde einem solchen Anspruch gerade aus dem Gedanken der Wirtschaftsfreiheit der Grundsatz entgegenstehen, wonach allen Bewerbern gleiche Wettbewerbschancen zukommen sollen<sup>25</sup>.

Mit Bezug auf das oben angeführte Beispiel heisst dies: Dem Anwalt käme eine grössere Freiheit in der Gestaltung seiner Praxiswerbung zu, wenn sein Anliegen unter dem Titel der Meinungsfreiheit geprüft wird; die Wirtschaftsfreiheit würde einen geringeren verfassungsrechtlichen Spielraum bieten.

18 Zur Antwort auf diese Fragen vgl. die Ausführungen hinten S. 18 mit den Anm. 34 bis 37.

19 Vgl. auch JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 160. Ders., Grundrechte (Anm. 2), S. 195 ff., S. 201 f.

Eingehend zum Problemfeld der «preferred position» CHRISTOPH STALDER, «Preferred Freedoms», Das Verhältnis der Meinungsäusserungsfreiheit zu den anderen Grundrechten, Diss. Bern 1977, insb. S. 122 ff.; BEAT ROHRER, Beziehungen der Grundrechte untereinander, Diss. Zürich 1982, insb. S. 107 ff.; TOBIAS JAAG, «Preferred Freedoms» im schweizerischen Verfassungsrecht, in: Piermarco Zen-Ruffinen/Andreas Auer (Hrsg.), De la Constitution, études en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 355 ff.

20 STALDER, «Preferred Freedoms» (Anm. 19); RETO VENANZONI, Konkurrenz von Grundrechten, ZSR 1979 I, S. 267 ff.; JAAG, «Preferred Freedoms» (Anm. 19), S. 355 ff., insb. S. 369 f.; PHILIPPE A. MASTRONARDI, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Berlin 1978, S. 98 ff.

21 BGE 96 I 586 E 6 S. 592 (Aleinick). Für weitere Hinweise auf die Bundesgerichtspraxis vgl. auch J.P. MÜLLER, Elemente (Anm. 19), S. 160.

22 Hingegen wird die beschriebene Rangordnung auf weite Strecken in der Praxis und in der wissenschaftlichen Lehre entweder relativiert oder gar nicht beachtet. Vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1998, Rz. 1089.

23 BGE 96 I 586 E 6 S. 592 (Aleinick), Hervorhebung nur hier.

24 BGE vom 18. Februar 1991 in EuGRZ 1992, S. 204, E 3 S. 206 (Tavannes), wo der nicht publizierte Entscheid vom 19. März 1980 i.S. «Unité jurassienne Péry-La-Heutte» bestätigt wurde.

25 Zum Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen vgl. J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 2), S. 649 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Wirtschaftsrecht (Anm. 7), § 5 Rz. 37 ff. m.w.H.

## b) Die Lehre von den unverjährbaren und unverzichtbaren Rechten

Auch die Lehre von den unverjährbaren und unverzichtbaren Rechten<sup>26</sup> bietet Ansatzpunkte für eine «preferred position»:

Die Vorzugsstellung liegt darin, dass staatliche Anordnungen, die angeblich eines der privilegierten Rechte verletzen, in jeder Phase der Normverwirklichung, also vom Erlass der generell-abstrakten Norm bis zum Vollzug eines konkreten Entscheids, angefochten werden können. Auch gegen blosser Bestätigungsentscheide, z.B. gegen die Abweisung eines Wiedererwägungsgesuchs, lässt das Bundesgericht ausnahmsweise die Rüge der Verfassungsverletzung zu<sup>27</sup>. Praktisch bedeutet dies, dass eine Verletzung der betroffenen Rechte ungeachtet des Fristenlaufs geltend gemacht werden kann.

Die bundesgerichtliche Praxis hat ohne Anlehnung an irgendeine gesetzliche Vorschrift folgende Verfassungsrechte als unverjährbar und unverzichtbar erklärt: die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Kultusfreiheit, die persönliche Freiheit, die Niederlassungsfreiheit, die Ehefreiheit sowie die Verbote von Schuldverhaft und körperlichen Strafen. Rechte mehr wirtschaftlichen Charakters wie die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit scheiden hingegen aus, da sie im Sinne der Rechtsprechung nicht «dem Einzelnen um seiner Persönlichkeit Willen» zustehen<sup>28</sup>. Die Meinungsfreiheit würde wegen ihres ideellen Charakters zweifellos in die Gruppe der privilegierten Rechte fallen.

Gegenüber dieser Praxis wurde geltend gemacht, das Privileg dürfe nicht schematisch nach der «Persönlichkeitsnähe» nur einzelner Gruppen von Grundrechten zuerkannt werden, sondern müsse überall seine Gültigkeit haben, wo Grundrechte in zentraler Weise und schwer betroffen seien<sup>29</sup>. Dies kann sowohl bei Verletzung des Persönlichkeitskerns als auch bei Missachtung anderer fundamentaler Grundrechtsgehalte der Fall sein<sup>30</sup>, so z.B. wenn das im Rahmen

der Meinungsfreiheit liegende Verbot der Vorzensur (Art. 17 Abs. 2 BV<sup>31</sup>) oder elementarste Gebote eines fairen Gerichtsverfahrens<sup>32</sup> missachtet würden<sup>33</sup>.

## c) Ansätze in der Strassburger Rechtsprechung

Auch in der Strassburger Rechtsprechung findet der Gedanke einer «preferred position» demokratisch notwendiger Meinungsbildung gegenüber rein wirtschaftlich motivierter Information (Werbung) Ausdruck. Die Höher- oder Minderbewertung bezieht sich hier allerdings nicht auf verschiedene Grundrechte (Meinungsfreiheit einerseits, wirtschaftliche

26 Vgl. dazu CHRISTOPH LEUENBERGER, Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes, Diss. Bern 1976, und J.P. MÜLLER, Elemente (Anm. 19), S. 161; JAAG, «Preferred Freedoms» (Anm. 19), S. 364.

27 BGE 105 Ia 15 E3 S. 20 («Gösgen, wir kommen wieder») m.w.H.; 118 Ia 209 E2b S. 212 (Entzug eines Sprengausweises).

28 So die Formel des Bundesgerichtes; vgl. BGE 118 Ia 282 E6b S. 293 (Schaffhauser Frauenhaus); 118 Ia 209 E2b S. 213 (Entzug eines Sprengausweises); 104 Ia 172 E2b S. 175 (Schefer).

29 Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Einleitung zu den Grundrechten (April 1987), in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 1987 ff., Rz. 18 f.; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes 1992-1996, Bern 1998, S. XI f., S. 133 f.; JÖRG PAUL MÜLLER, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes 1990, ZBJV 1992, S. 454 f.; Ders., Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1988, ZBJV 1990, S. 545; Ders., Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes 1986, ZBJV 1986, S. 515 ff.; Ders., Die Garantie des verfassungsmässigen Richters in der Bundesverfassung, ZBJV 1970, S. 249 ff. m.w.H.; Vgl. auch WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1994, S. 81 ff.; ALFRED KÖZ, Art. 58 (Dez. 1990), in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 1987 ff., Rz. 33 f.

30 Zur Konvergenz dieser Anregung mit der Lehre von der Nichtigkeit von Staatsakten vgl. J.P. MÜLLER, Einleitung (Anm. 29), Rz. 19 f.

31 Zum Charakter dieser Garantie als Kerngehalt, J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 2), S. 192 ff.

32 Dazu ausführlich J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 2), S. 571 f. m.w.H. und aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 118 Ia 209 E2 S. 213 f. (Entzug eines Sprengausweises); 118 Ia 282 E6 S. 292 ff. (Schaffhauser Frauenhaus); vgl. dazu auch MÜLLER/SCHEFER, Rechtsprechung (Anm. 29), S. 133 f.

33 Auch im Schutzbereich etwa der Wirtschaftsfreiheit sind schwerwiegende Beeinträchtigungen denkbar, so dass die Privilegierung auch hier Platz greifen müsste; so z.B. gegenüber der Auferlegung eines unbeschränkten Berufsverbots oder einer willkürlichen Behandlung von Gewerbetreibenden. Es ist heute unbestritten, dass allen Grundrechten der Verfassung ein Kerngehalt zukommt, also auch der Wirtschaftsfreiheit. Vgl. Art. 36 Abs. 4 BV. Zum Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit vgl. J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 2), S. 667 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Wirtschaftsrecht (Anm. 7), § 5 Rz. 210 ff. m.w.H.

Freiheit andererseits), sondern sie wird realisiert innerhalb der weit verstandenen Meinungsfreiheit des Art. 10 EMRK. So lässt es der EGMR zu, dass kommerzielle Informationen strengerer Einschränkungen unterworfen werden als etwa Stellungnahmen zu politischen oder gesellschaftlichen Fragen<sup>34</sup>.

Die dogmatische Konstruktion geht dahin, dass den Mitgliedstaaten von der

Konvention ein grösserer Gestaltungsspielraum (margin of appreciation) eingeräumt wird, wenn es um die Regulierung wirtschaftlicher Sachverhalte und nicht um Eingriffe in die demokratische Meinungsbildung geht<sup>35</sup>.

Aus der Konzeption der EMRK lässt sich also nicht ableiten, dass auch in der Schweiz kommerzielle Äusserungen durch die Meinungsfreiheit der BV zu schützen sind<sup>36</sup>; der durch die Wirtschaftsfreiheit der BV gewährleistete Schutz wirtschaftlicher Äusserungen muss jedoch zumindest den selben Umfang aufweisen, wie er sich aus Art. 10 EMRK ergibt<sup>37</sup>.

### 5. Neuer Lösungsansatz: Berücksichtigung des sozialen Werts einer Information ungeachtet der begrifflichen Zuordnung

Unter demokratietheoretischen Aspekten ist überzeugend, dass Beiträge zur demokratischen Willensbildung – also zur freien Ermittlung von Gemeinwohlforderungen – erhöhten Schutz verdienen im Vergleich zu rein wirtschaftlich motivierten Äusserungen in der Öffentlichkeit.

Die Krux liegt in den Schwierigkeiten der Umsetzung solcher theoretisch plausibler Massstäbe in der Wirklichkeit. Wir wissen im Grunde zu wenig über die gegenseitige Abhängigkeit von demokratischer Ordnung und der Freiheit wirtschaftlichen Wettbewerbs in einer Gesellschaft, um mit gutem Gewissen durchwegs das eine vor das andere setzen zu können. Dies ist besonders deutlich im Bereich der Medien: ihre Vielgestaltigkeit und Pluralität lebt einerseits von wirtschaftlichem Wettbewerb der Medienunternehmen und bedarf andererseits auch der Kontrolle durch den demokratischen Gesetzgeber, etwa durch das Kartellrecht.

Ein griffiges Wettbewerbsrecht trägt vielleicht ebenso zur demokratisch erwünschten Vielgestaltigkeit der Medien und einem entsprechend breitgefächerten Informationsangebot bei wie eine rigorose Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen oder analoge Kontrollmechanismen bei der Presse<sup>38</sup>. In diesem Sinn muss der Begriff der Sozialschädlich-

- 34 Die EMRK fordert also nicht, dass im nationalen Recht Äusserungen im kommerziellen Kontext der Meinungsfreiheit unterstellt werden; verlangt ist nur, dass im Ergebnis der durch Art. 10 EMRK geforderte Standard eingehalten wird. Vgl. etwa *markt intern Verlag GmbH c. Deutschland*, Ser. A Nr. 165, Ziff. 33, 36.
- 35 Beispielhaft ist die Formulierung des EGMR in *Jacobowski c. Deutschland*, Ser. A Nr. 291: «Pareille marge d'appréciation (der Vertragsstaaten) apparaît indispensable en matière commerciale, en particulier dans un domaine aussi complexe et fluctuant que celui de la concurrence déloyale. La Cour doit se borner à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient en principe et sont proportionnées» (a.a.O. Ziff. 26). Vgl. dazu DAVID J. HARRIS/MICHAEL O'BOYLE/COLIN WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, London/Dublin/Edinburgh 1995, S. 379, 402 ff.; VILLIGER, *Handbuch EMRK* (Anm. 14), Rz. 553, 603<sup>bis</sup>, 606 f., 613; FROWEIN/PEUKERT, *EMRK-Kommentar* (Anm. 14), S. 389, Rz. 9.
- Zur dogmatischen Konstruktion der «margin of appreciation» vgl. R.ST.J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation*, in: R.St.J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold (Hrsg.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht 1993, S. 83 ff.
- 36 J.P. MÜLLER, *Grundrechte* (Anm. 2), S. 206. Demgegenüber gehen HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht* (Anm. 22), Rz. 1268 und Rz. 1316, davon aus, die Prüfung kommerzieller Äusserungen durch die Strassburger Organe im Rahmen von Art. 10 EMRK habe zur Folge, dass auch im schweizerischen Verfassungsrecht die Meinungsfreiheit – und nicht mehr die Wirtschaftsfreiheit – das massgebliche Grundrecht sei. Zu diesem Ergebnis kommen auch FRANZ RIKLIN, *Schweizerisches Presserecht*, Bern 1996, §3 Rz. 29 f., 140 ff. mit Fn. 289 m.w.H.; DENIS BARRELET, *Droit de la Communication*, Bern 1998, Rz. 54 f.; vgl. auch ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, Volume II – Les droits fondamentaux*, Bern 2000, Rz. 517; und MANFRED REHBINDER, *Pressefreiheit für Reklame*, SJZ 1977, Heft 4, S. 53 ff.
- 37 Das Bundesgericht hat seine konstante Rechtsprechung zu dieser Frage in einem neueren Entscheid bestätigt; vgl. BGE 2P.71/1999 vom 2. November 1999 i.S. B. gegen Anwaltskammer des Kantons Bern, E3 (in *medialex* 1/00, S. @ ; BGE-Publikation vorgesehen); vgl. auch BGE 123 I 12 E2d S. 18 («Legal Services Switzerland»), wo das Gericht ausführt, auch nach der Rechtsprechung des EGMR liessen sich im Bereich kommerzieller Kommunikation aus Art. 10 EMRK keine zusätzlichen Aspekte ableiten, die nicht bereits aus der Wirtschaftsfreiheit folgten; BGE 120 Ib 142 E3a S. 144 (Obersee Nachrichten); 100 Ia 445 E6 S. 453 (AWAG Aussenwerbungs AG); 108 Ib 142 E2e S. 146 (Schweizerische Journalisten Union); 96 I 588 E3c S. 589 und E4b S. 590 (Aleinick); 73 IV 12 E5 S. 15 (Mettler); 42 I 74 E1 S. 81 ff. (Rabattspareverein Luzern).
- 38 Aus der Tätigkeit der Wettbewerbskommission im Bereich der Medien vgl. *Gasser AG (Bündner Zeitung)/Tschudi Druck und Verlag AG (Glärner Nachrichten)*, RPW 1997, S. 179 ff.; *Anzeiger von Uster/Druckerei Wetzikon AG*, RPW 1997, S. 519 ff. (vorläufige Prüfung von Amtes wegen) und RPW 1998, S. 92 ff. (Sanktion wegen Verletzung der Meldepflicht); *Le Temps*, RPW 1998, S. 40 ff. (Prüfungsverfahren vor Wettbewerbskommission) und RPW 1998, S. 114 (Verfahren vor Rekurskommission für Wettbewerbsfragen); *Axel Springer Verlag AG/Handelszeitung und Finanzrundschau AG*, RPW 1999, S. 177 f.; *La Tribune de Genève (Edipresse)/SDP*, RPW 1999, S. 259 f.; *TeleZüri AG/Belcom/TA Media*, RPW 1999, S. 479 f.

keit<sup>39</sup>, wie er dem schweizerischen Kartellrecht zugrunde liegt (Art. 96 Abs. 1 BV, Art. 1 KG<sup>40</sup>), auch im Sinne der Verhinderung demokratiefeindlicher Informationshindernisse verstanden werden; d.h. als sozial schädlich gelten auch Kartelle, die die Verbreitung einer Vielfalt von Meinungen oder möglichst umfassende Information verhindern<sup>41</sup>. Die Hoffnung, dass sich eine reine ökonomisch verstandene Wettbewerbsorientierung auch im Sinne eines pluralistischen Informationsangebots auswirkt, wird im Bereich von Radio und Fernsehen u.a. dadurch in Frage gestellt, dass sich der Markt (Angebot und Nachfrage) im Wesentlichen zwischen Veranstaltern und Werbewirtschaft abspielt und nicht zwischen Veranstaltern und Rezipienten<sup>42</sup>.

Im Falle *Lentia* hat der EGMR bei der Beurteilung eines staatlichen Rundfunkmonopols das demokratische Anliegen einer pluralistischen Meinungsbildung in der Demokratie unter dem Titel des Art. 10 EMRK ebenso gewürdigt, wie es ein schweizerisches Gericht vielleicht unter dem Titel der Wirtschaftsfreiheit getan hätte<sup>43</sup>.

In einer Verfassungsordnung, welche die pluralistische Meinungsbildung in der Demokratie und die Freiheit des wirtschaftlichen Marktes als gemeinsame und interdependente Anliegen verfolgt<sup>44</sup> und grundrechtlich schützt, müssen in Sachverhalten, die demokratie- und marktpolitisch relevant sind, immer beide Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Es darf nicht von der Zufälligkeit einer juristisch-begrifflichen Zuordnung zur Meinungsfreiheit oder zur Wirtschaftsfreiheit abhängen, ob bei der Güterabwägung die beiden zentralen Anliegen Berücksichtigung finden oder nicht<sup>45</sup>.

Beispiel: Die Reklame eines Anwalts mit dem Hinweis auf seine Spezialisierung kann unter dem Titel der Wirtschaftsfreiheit geprüft werden; dann ist auch zu berücksichtigen, dass neben dem individuellen Wirtschaftsinteresse eines Anbieters auch allgemeinere Interessen der Öffentlichkeit berührt sind, nämlich das Informationsinteresse der Bevölkerung über die Verfügbarkeit von rechtlicher Bera-

tung und rechtlichem Beistand. Wird die Meinungsfreiheit zum Prüfungsmassstab genommen, müssen auch die wirtschaft-

39 Zu diesem Begriff vgl. RENÉ RHINOW, Art. 31bis (Feb. 1991), in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 1987 ff., Rz. 208 ff. und RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Wirtschaftsrecht (Anm. 7), § 20 Rz. 21 ff. m.w.H.

40 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251).

41 Der Gesetzgeber hat denn für Medienunternehmen (Verlage, Herstellung oder Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften, Veranstalter von Radio- und Fernsehprogrammen) die kritische Grenze für die Prüfung von Zusammenschlüssen gegenüber andern Unternehmen ganz wesentlich erhöht, im Hinblick darauf, dass es sich um einen in der Demokratie besonders sensiblen Markt handelt; vgl. Art. 9 Abs. 2 KG und Art. 7 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 635), und dazu MARIO M. PEDRAZZINI/ROLAND VON BÜREN/ EUGEN MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, Rz. 1113; vgl. auch URS SAXER, Das Medienrecht und das Spannungsfeld von wirtschaftlichem und publizistischem Wettbewerb, AJP 1999, S. 427 ff., 438 f., m.w.H.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 452.

Aus der Praxis der Wettbewerbskommission vgl. etwa *Anzeiger von Uster/Druckerei Wetzikon AG*, RPW 1997, S. 519 ff., 521 f. (2.4 Meldepflicht); *Le Temps*, RPW 1998, S. 40 ff., 43 (3.4 Meldepflicht).

Auf die beschränkte Leistungsfähigkeit des geltenden schweizerischen Kartellrechts im Bereich der Kultur weist PIERRE RIEDER, Wettbewerb und Kultur, Bern u.a. 1998, S. 267 ff. hin.

42 Vgl. dazu die grundsätzlichen Ausführungen zur Frage, ob ein Service public durch eine rein marktgesteuerte Ordnung aufrecht erhalten werden kann, in *Aussprachenpapier des Bundesrates vom 19. Januar 2000 zur Revision des RTVG*, Ziff. 2.4.2. (S. 9 ff.).

43 *Lentia u.a. c. Österreich*, Ser. A. Nr. 276 (insb. Ziff. 39) in EuGRZ 1994, S. 549 ff. Das österreichische Rundfunkmonopol, das privaten Anbietern den Zugang zum Markt verunmöglichte, erachtete der EGMR als unverhältnismässige Beschränkung der Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK. Diese Rechtsprechung wurde bestätigt in EGMR *Radio ABC c. Österreich*, Rep. 1997-VI 2188, ÖJZ 1998, S. 151 f.

Vgl. dazu JÖRG PAUL MÜLLER/FRANZISKA GROB, Art. 55<sup>bis</sup> (Mai 1995), in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 1987 ff., Rz. 19 ff.; MARTIN DUMERMUTH, Rundfunkrecht, in: Heinrich Koller u.a. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel/Frankfurt a.M., Rz. 147 ff.; vgl. auch VILLIGER, Handbuch EMRK (Anm. 14), Rz. 627.

44 Vgl. HÄBERLE, Verfassungslehre (Anm. 1), S. 890 ff. und J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 2), S. 645.

45 Dass die Grenzen zwischen rein wirtschaftlichen Aussagen und solchen mit ausschliesslich meinungsbildendem Gehalt fließend sind, zeigt sich etwa im Urteil des EGMR i.S. *Barthold c. Deutschland*, Ser. A Nr. 90, EuGRZ 1985, S. 170 ff.: Der Tierarzt Barthold hatte in einem Zeitungsinterview Kritik am fehlenden tierärztlichen Notfalldienst in der Stadt Hamburg geübt. In der Folge wurden gegen ihn standes- und lauterkeitsrechtliche Massnahmen verhängt. Dagegen wehrte er sich, zuletzt mit Beschwerde an die Strassburger Organe. Der Gerichtshof war der Meinung, dass die Äusserungen Bartholds zwar einen Werbeeffect für seine eigene Tätigkeit entfalten könne. Dieser Effect sei aber von untergeordneter Bedeutung gegenüber dem Hauptanliegen des Artikels und gegenüber der darin in der Öffentlichkeit zur Diskussion gestellten Frage. Die Ansicht der nationalen Gerichte, wonach ein (unzulässiges) Wettbewerbshandeln immer dann anzunehmen sei, wenn die Wettbewerbsabsicht «nicht völlig hinter sonstigen Beweggründen verschwindet», verstosse gegen die Meinungsäusserungsfreiheit. Angehörige freier Berufe würden durch eine derart strenge Praxis in der Möglichkeit, an einer öffentlichen Diskussion über Fragen des Gemeinschaftslebens teilzunehmen, unverhältnismässig eingeschränkt (a.a.O. Ziff. 58, EuGRZ 1985 S. 175).

liche Situation der Anwaltschaft als Berufsgruppe und ihre spezifischen standesrechtlichen Bedürfnisse Berücksichtigung finden. Oder an einem andern Beispiel demonstriert: Ob die AIDS-Warnung auf einem Plakat von einem privatwirtschaftlich tätigen Unternehmen ausgeht, das für seine Präservative Reklame macht, oder von einer staatlichen Stelle der Gesundheitsvorsorge geplant und finanziert wird, ändert am sozialen Wert der Botschaft nichts. Er muss im Rahmen der Meinungsfreiheit oder der Wirtschaftsfreiheit angemessene Würdigung finden<sup>46</sup>.

Wir kommen zum Ergebnis, dass eine schematische Hierarchie zwischen wirtschaftlicher Freiheit und (ideeller) Kommunikation nicht haltbar ist. Jeder

Sachverhalt muss – jedenfalls im Konzept der BV – unter Grundrechtsgesichtspunkten sowohl im Hinblick auf ideelle Informationsanliegen als auch auf wirtschaftliche Entfaltungsinteressen und Informationsbedürfnisse des Publikums hin geprüft werden. In diesem Sinn bedarf auch die Lehre der «preferred position» einer Korrektur.

Der allgemeingültige Kern des Konzepts der «preferred position» oder der unverjährbaren und unverzichtbaren Rechte liegt darin, dass nicht einzelne Kategorien von Grundrechten privilegiert werden müssen, sondern dass für jedes Grundrecht ein spezifischer Schutzgehalt zu ermitteln ist, der von Verfassungen wegen besondere – mitunter gegenüber einem andern Grundrechtsinteresse privilegierte – Beachtung verdient.

Es kann nicht um Höher- oder Minderwertigkeit und auch nicht um einen a priori höheren Stellenwert einer Gruppe von Grundrechten gehen, sondern darum, für die Grundrechte der Kommunikation einerseits und die Wirtschaftsfreiheit andererseits die je spezifischen Schutzbedürfnisse und die daraus resultierenden je spezifischen Möglichkeiten der Schrankenziehung herauszuschälen und in der Praxis zu konkretisieren. Stehen sich wirtschaftliche und sog. ideelle Grundrechte formell einander gegenüber, kann nicht von vornherein entschieden werden, dass die unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit liegende Tätigkeit weniger dem Gemeinwohl dient als die «ideelle».

Zum Beispiel kann die bereits erwähnte, von einem Präservativ-Hersteller lancierte Reklame mit ihrem Informationsgehalt (AIDS-Warnung) Vorrang vor der Religionsfreiheit verdienen, auf die sich ein Passant beruft, der sich seinen religiösen Gefühlen oder Gewissensüberzeugungen verletzt fühlt. Darum darf auch der Inseratenteil einer Zeitung nicht schematisch der Wirtschaftsfreiheit zugeordnet werden; auch in der Form des bezahlten Inserates kann wesentliche demokratische Meinungsbildung erfolgen<sup>47</sup>.

Bei dem hier vorgeschlagenen differenzierten Vorgehen ist letztlich nicht entscheidend, ob z.B. das anstössige Benetton-Plakat<sup>48</sup> oder die von der Bank ge-

46 Die US-amerikanische Praxis zum «commercial-speech» trägt diesen Übergängen und Verflechtungen wirtschaftlich motivierter Äusserungen und gemeinwohlorientierter Information durch Medien besser Rechnung.

Der U. S. Supreme Court schützt sog. «commercial speech» im Rahmen der Meinungsfreiheit, lässt Einschränkungen aber unter weniger strengen Bedingungen zu als etwa im Bereich politischer Kommunikation. Insofern weist die Rechtsprechung des EGMR (vgl. vorne Anm. 35) starke Ähnlichkeit mit dem U.S.-amerikanischen Schutz kommerzieller Äusserungen auf.

Das noch heute geltende Prüfungsprogramm des U. S. Supreme-Court zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Einschränkungen von «commercial speech» wurde zum ersten Mal im Entscheid *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980) formuliert.

Unter dem Titel der Meinungsfreiheit hat der Supreme Court beispielsweise die Werbung von *Anwälten* (*Bates v. State Bar*, 433 U.S. 350 [1977]; *Florida Bar v. Went For It*, 115 S. Ct. 2371 [1995]) und *Buchhaltern* (*Edenfield v. Fane*, 507 U.S. 761 [1993]; *Ibanez v. Florida Board of Accountancy*, 114 S. Ct. 2084 [1994]), für *rezeptpflichtige Medikamente* (*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 [1976]), *Verhütungsmittel* (*Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 [1977]), *hochprozentige Alkoholika* (*44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 [1996]) und *Lotterien* (*United States v. Edge Broadcasting Co.*, 113 S.Ct. 2696 [1993]) geschützt.

In einem Entscheid aus dem Jahr 1995 überprüfte das Gericht ein bundesrechtliches Verbot, den Alkoholgehalt auf den Bierflaschen anzugeben. Damit sollte verhindert werden, dass der Alkoholgehalt zu einem Werbeargument wird; dies - so die Befürchtung - hätte wahrscheinlich zur Folge, dass ihn die Hersteller tendenziell erhöhen und damit die Gesundheit der Biertrinker gefährden würden. Der Supreme Court erblickte in diesem Verbot einen unzulässigen Eingriff in die Meinungsfreiheit (*Rubin v. Coors Brewing Co.*, 115 S.Ct. 1585 [1995]).

47 Vgl. J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 2), S. 253; *Ders.*, Art. 55 BV (April 1986), in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 1987 ff., Rz. 51 ff.

BGE 42 I 74 (Rabattspareverein Luzern); 100 Ia 445 E6 S. 453 (AWAG Aussenwerbungs AG); 108 Ib 142 E2e S. 146 (Schweizerische Journalisten Union); 120 Ib 142 E3a S. 144 (Obersee Nachrichten).

48 Für die durch provokative Werbeplakate der Firma Benetton ausgelöste kontroverse Diskussion in Deutschland vgl. WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *Kommunikationsfreiheit für Werbung*, ZUM 1/1996, S. 1 ff. (insb. S. 13 ff.); vgl. auch OLIVERO TOSCANI, *Die Werbung ist ein lächelndes Aas*, Mannheim 1996.

sponserte Balletaufführung<sup>49</sup> dem einen oder anderen Grundrechtsbereich unterstellt wird. Wichtig ist allein, dass die betroffenen Grundrechtsgehalte im wirtschaftlichen und im ideellen Bereich bei der Abwägung (etwa der Zulässigkeit einer Zensurmassnahme) vollständig eingebracht werden: Ist die Zulässigkeit eines polizeilichen Verbots eines Plakats zu beurteilen, so ist sowohl dessen Beitrag zur Diskussion eines Problems, das die Öffentlichkeit angeht (z.B. Umweltverschmutzung, Kinderarbeit, Kriegsgreuel<sup>50</sup> u.s.w.), zu würdigen, als auch auf den Aspekt Rücksicht zu nehmen, dass es einem Unternehmer um kommerziell motivierte Propaganda für seine Ware geht, was den spezifischen Schutz der Wirtschaftsfreiheit auslöst<sup>51</sup>.

Prozessual führt dieses Verständnis der Grundrechtskonkretisierung zum Postulat, dass das Rügeprinzip nach Art. 90 Abs. 1 Bst. b OG nicht zu formalistisch gehandhabt werden darf<sup>52</sup>; auch bei Anrufung nur des einen Grundrechts müssen die Aspekte berücksichtigt werden, die typischerweise im Geltungsbereich des andern beheimatet sind<sup>53</sup>.

## 6. Meinungsfreiheit und unlauterer Wettbewerb

Ein typischer Konflikt zwischen wirtschaftlichen und kommunikativen Grundrechtsgehalten zeigt sich in der Handhabung des revidierten UWG<sup>54</sup>. Im Fall des Flugblattverteilers B.<sup>55</sup> oder des Wissenschaftlers Hertel<sup>56</sup> ist die verfassungsrechtliche Dimension u.E. bisher dadurch zu Unrecht in den Hintergrund getreten, weil – jedenfalls in der schweizerischen Diskussion – die Auslegung eines Bundesgesetzes im Vordergrund stand, das ja nach wie vor grundsätzlich der Verfassungsgerichtsbarkeit entzogen ist<sup>57</sup> und bis auf weiteres bleiben wird<sup>58</sup>.

B. verteilte 1994 an insgesamt drei Tagen vor dem Eingang der Metzgerei X. an die Kundschaft Flugblätter mit der Überschrift: «Rinderwahnsinn – die tödliche Gefahr auf dem Teller». Das Bundesgericht bejahte die Anwendbarkeit des UWG, da das Verteilen der fraglichen Flugblätter ein wettbewerbsrelevantes Verhalten darstelle (E. 2 S. 214). Es müsse

jedoch zulässig sein, in einem Flugblatt auf ein aktuelles gesellschaftliches und wirtschaftliches Thema aufmerksam zu machen (E. 3b S. 215). Aus dem Gebot grundrechtskonformer Auslegung fordert das Bundesgericht Zurückhaltung in der Annahme der Unlauterkeit einer mahnenden Botschaft (E. 3b S. 216)<sup>59</sup>.

49 Zum Kultursponsoring vgl. PIERRE RIEDER, Wettbewerb und Kultur (Anm. 41), S. 103 ff.

50 Dies waren unter anderen die Themen, welche in der umstrittenen Benetton-Werbung plakativ und kommentarlos dargestellt wurden (vgl. auch die Angaben in Anm. 48).

51 Vgl. dazu J.P. MÜLLER, Einleitung (Anm. 29), Rz. 189 ff.; VENANZONI, Konkurrenz (Anm. 20), S. 287.

52 Die heutige Praxis des Bundesgerichts zum (qualifizierten) Rügeprinzip im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde kritisiert KÄLIN, Staatsrechtliche Beschwerde (Anm. 29), S. 364 ff., insb. S. 389 f.: «(Die) heutige Praxis (...) beruht zu stark auf der zivilprozessualen Anschauung, dass der Schutz subjektiver Rechte durch den Richter nur soweit gehen soll, als ihn der Beschwerdeführer in Anspruch nehmen will, und verkennt, dass das Bundesgericht als Staatsgerichtshof nicht nur den Schutz des einzelnen Beschwerdeführer sicherzustellen hat, sondern als ‚Hüter der Essentialien einer demokratischen, rechtsstaatlichen und bundesstaatlichen Ordnung‘ auch im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben wahrnimmt.»

Kritisch auch ALFRED KÖZ, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1984, ZBJV 1986, S. 358 ff., der das Parteiprinzip überspannt sieht, wenn das Bundesgericht aus dem Rügeprinzip ableitet, der Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung finde im Bereich der Verfassungsbeschwerde keine Anwendung; vgl. auch RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1887; HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht (Anm. 22), Rz. 1741 a.

Der Vorschlag der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege (Entwurf Bundesgerichtsgesetz) sieht denn in Art. 101 auch vor, dass das Bundesgericht *das Recht von Amtes wegen anwendet* (Abs. 1), wobei es sich jedoch auf die Prüfung der erhobenen Rügen beschränken kann (Abs. 2); vgl. auch den Schlussbericht der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom Juni 1997, S. 28, 110 (herausgegeben vom Bundesamt für Justiz).

53 J.P. MÜLLER, Einleitung (Anm. 29), Rz. 199 ff.

54 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, SR 241.

Zu diesem Problemkreis vgl. Urs W. SAXER, Wirtschaftsfreiheit vs. Medienfreiheit: Wie weit soll der Schutz der Wirtschaft gegenüber den Medien gehen?, AJP 1994, S. 1136 ff., der die schweizerische Ausgestaltung des Lauterkeitsrechts für einmalig hält: «Kein Land, auch nicht die Bundesrepublik Deutschland, hat mit einer derartigen Konsequenz den funktionalen Ansatz des Wettbewerbs umgesetzt» (a.a.O. S. 1143, m.w.H.); *Ders.*, Die Anwendung des UWG auf ideelle Grundrechtsbetätigungen: eine Problemskizze, AJP 1993, S. 604 ff.; KLEY, Medien im neuen Verfassungsrecht (Anm. 13), S. 204 ff., insb. S. 209 f.

55 BGE 123 IV 211 (Rinderwahnsinn).

56 BGE 120 II 76 (Hertel I – Mikrowellenöfen); EGMRE i.S. Hertel c. Schweiz, Rep. 1998-VI 2298; BGE 125 III 185 (Hertel II – Revisionsurteil).

57 Vgl. Art. 113 Abs. 3 und Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 3 aBV sowie Art. 191 BV.

58 Die eidgenössischen Räte haben darauf verzichtet, im Rahmen des am 12. März 2000 zur Abstimmung kommenden BB über die Reform der Justiz (BBl 1999 8633) die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber zur Diskussion zu stellen.

59 BGE 123 IV 211 (Rinderwahnsinn). Vgl. auch die Besprechung des Falles in JÖRG PAUL MÜLLER/MARTIN LOOSER, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1997 und 1998, ZBJV 1999, S. 753.

Im Fall Hertel beschäftigte das Bundesgericht die Frage, ob mit wissenschaftlich nicht erhärteten Äusserungen eines Forschers in einer Zeitschrift die Bestimmungen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verletzt sein könnten. Der Umweltbiologe Hertel hatte in seinem privaten Laboratorium untersucht, ob Mikrowellen für den menschlichen Organismus gefährlich sind. Als mögliche Folge des Konsums von Speisen, die mit Mikrowellen erwärmt werden, fand er den Beginn eines kanzerogenen Prozesses. Der Bericht erschien auszugsweise im ‚Journal Franz Weber‘. Gegen das Verbot des kantonalen Gerichts sich über die Schädlichkeit von Mikrowellenöfen öffentlich zu äussern, wandte sich Hertel mit Berufung ans Bundesgericht, blieb jedoch erfolglos. Nach Bundesgericht darf positive und negative Werbung mit wissenschaftlichen Angaben nur zugelassen werden, «wenn diese Angaben gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entsprechen, oder wenn jedenfalls unmissverständlich auf den Meinungsstreit hingewiesen» wird (E. 5b S. 81). Auf Beschwerde Hertels

wertete der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die schweizerischen Urteile als einen unverhältnismässigen Eingriff in die Rechte nach Art. 10 EMRK. Im Revisionsverfahren hielt das Bundesgericht wider Erwarten im Wesentlichen an seinen früheren Überlegungen fest<sup>60</sup>.

Grundrechtlich stehen sich in beiden Fällen Interessen gegenüber, die einerseits im Bereich der Wirtschaftsfreiheit liegen, andererseits bei der Meinungsfreiheit anzusiedeln sind. In beiden Fällen scheint uns unzulässig, den Konflikt nur als eine Frage der richtigen Anwendung schweizerischen Lauterkeitsrechts zu beurteilen. Die Meinungsfreiheit schützt Information, Meinungsbildung und Verbreitung auch in wirtschaftlich relevanten Bereichen. Auch eine Äusserung, die aktuell das Wirtschaftsinteresse eines Unternehmers beeinträchtigt, kann längerfristig einen ganz spezifischen Beitrag zur Funktion einer wirksamen und glaubwürdigen Marktwirtschaft leisten. Die Entscheidungen der Marktteilnehmer können nur dann den erhofften Rationalitätseffekt bewirken, wenn eine optimale Information aller Marktteilnehmer entsteht. Wie wir aus dem politisch-kulturellen Bereich sehr wohl wissen, kommt eine «richtige» Meinung nur zu stande, wenn auch links und rechts von ihr Ungereimtheiten, Ungenauigkeiten und Irrtümer straflos und angstfrei verbreitet werden dürfen. Die unbestritten wünschbare Markttransparenz und -fairness soll nicht primär auf repressivem, sondern vor allem auf kommunikativem Weg gesucht werden. «(T)he remedy to be applied is more speech, not enforced silence»<sup>61</sup>.

## 7. Konflikt von Wirtschaftsfreiheit und Meinungsfreiheit bei der Ausgestaltung von Radio und Fernsehen

Vordergründig stehen sich in dieser Diskussion<sup>62</sup> eine wirtschaftsliberale und eine mehr am öffentlichen Auftrag von Radio und Fernsehen orientierte Sichtweise gegenüber. Auf einer tieferen, ökonomischen, verfassungsrechtlichen und sozialphilosophischen Dimension des Problems, verwischen sich die Fronten: Markt und Demokratie sind in hohem

60 BGE 120 II 76 (Hertel I – Mikrowellenöfen); EGMRE i.S. *Hertel c. Schweiz*, Rep. 1998-VI 2298; BGE 125 III 185 (Hertel II – Revisionsurteil); Hertel hat gegen den Entscheid 125 III 185 erneut den EGMR angerufen; die Sache ist zur Zeit pendent.

Vgl. dazu die Kritik bei MÜLLER/LOOSER, Rechtsprechung (Anm. 59), S. 755 und bei KLEY, Medien im neuen Verfassungsrecht (Anm. 13), S. 204 ff., insb. S. 209 f.; FRANZ WERRO, Fall Hertel II: Revision eines Bundesgerichtsentscheides nach Gutheissung einer EMRK-Beschwerde, *medialex* 1999, S. 98 ff., insb. S. 102; THOMAS R. HÜGI, Die Veröffentlichung vergleichender Warentests unter lauterkeitsrechtlichen Aspekten, Diss. Bern 1997, S. 146.; URS SAXER, Schweiz gerüffelt: UWG-Praxis zu streng, *plädoyer* 5/1998, S. 30 ff.

Vgl. HAEFLIGER/SCHÜRMMANN (Anm. 14), Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl. Bern 1999, S. 296 f., Fn. 61. Entgegen der Auffassung dieser Autoren kann es für den Schutz nach Art. 10 EMRK nicht darauf ankommen, ob eine Kritik geschmacklos oder geschmackvoll vorgebracht wird. Zum einen hat Hertel nicht an der Illustration des Beitrags im Journal Franz Weber mitgewirkt (vgl. Ziff. 48 des zit. EGMRE). Zum andern fallen gerade auch solche Äusserungen in den Schutzbereich von Art. 10 EMRK, «welche den Staat oder irgendeinen Bevölkerungsteil verletzen, schockieren oder beunruhigen» (ständige Rechtsprechung, vgl. statt vieler *Handyside c. Grossbritannien*, Ser. A Nr. 24, Ziff. 49, EuGRZ 1977, S. 38 ff., insb. S. 42).

61 Richter Brandeis in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927) (concurring opinion).

62 Dazu ROLF H. WEBER, Neustrukturierung der Rundfunkordnung, Zürich 1999; *Ders.*, Medienkonzentration und Meinungsp pluralismus, Zürich 1995; SAXER, Wettbewerb (Anm. 41); DUMERMUTH, Rundfunkrecht (Anm. 42), Rz. 223 ff., insb. Rz. 231; MÜLLER/GROB, Art. 55<sup>bis</sup> (Anm. 43); vgl. auch die grundsätzlichen Überlegungen von WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Medienregulierung unter Viel-Kanal-Bedingungen, Baden-Baden 1998, S. 186 ff.

Masse aufeinander angewiesen. Ist wirtschaftlicher Wettbewerb mit der dazugehörigen nötigen Information aller Teilnehmer denkbar ohne die typisch demokratischen Garantien einer weiten Kommunikationsfreiheit? Freiheit der Meinung und der Information ist im Kern *das* demokratische Anliegen; in ihr drückt sich das Gebot der Chancengleichheit aller an irgendeiner Form öffentlicher Willensbildung so zentral aus wie in keinem anderen Verfassungsbe- reich. Eine Pluralität in der Meinungs- und Entscheidungsbildung ist aber auch davon abhängig, dass das materielle Substrat der Kommunikation, also Technologie und Finanzmittel, breit gestreut ist, wirksame Auseinandersetzung möglich bleibt und keine Monopolisierung stattfindet.

Positivrechtlich muss für das heutige und kommende Verfassungsrecht der Schweiz bedacht werden, dass Radio und Fernsehen verfassungsrechtlich so intensiv ge- regelt sind wie kaum ein anderer Grund-

rechtsbereich. Es ist zu beachten, dass in Art. 93 BV nicht nur die Substanz des Art. 55<sup>bis</sup> aBV übernommen wurde, sondern als Gegenstand des allgemeinen Leistungsauftrages, also eines Auftrages der auch für die privaten Unternehmen gilt, neben der kulturellen Entfaltung und Meinungsbildung nun ausdrücklich noch die *Bildung* im Verfassungstext, sogar an erster Stelle, erwähnt ist.

Das Wort *Bildung* kann nicht eine blosse Floskel sein, die mehr oder weniger zufällig in die Nachführung Eingang gefunden hat. In der heutigen Gesellschaft kommt der Bildung eine fundamentale Bedeutung – nicht zuletzt auch in den Staatsbudgets – zu; ihre Nennung in der Verfassung hat einen definierbaren normativen Sinn, vergleichbar anderen traditionelle- ren Staatsaufgaben wie der Verteidigung oder dem Verkehr; es geht nicht um einen bloss programmatischen Begriff wie etwa bei der Wohlfahrt oder der Chancengleichheit der Bürgerinnen und Bürger nach Art. 2 BV. ■