



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

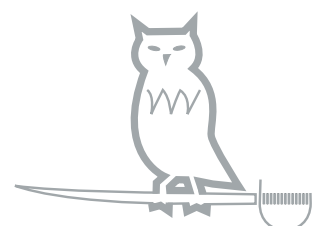
Schweizer Armee

#transparenz – Chance oder Risiko? Social Media aus den Perspektiven Wirtschaft, Politik, Medien und Armee

MILAK-Herbstagung vom 7. September 2019



**Militärakademie (MILAK)
an der ETH Zürich
Schriftenreihe**



#transparenz - Chance oder Risiko?

**Social Media aus den Perspektiven Wirtschaft,
Politik, Medien und Armee**

Herbsttagung 2019

der Militäarakademie (MILAK) an der ETH Zürich

**Militäarakademie
an der ETH Zürich**

Schriftenreihe

MILAK Schrift Nr. 20

Herausgeber

Militärakademie (MILAK) an der ETH Zürich, 8903 Birmensdorf ZH
Verantwortlich für diese Nummer: Dr. Tibor Szvircsev Tresch
Für die einzelnen Texte sind die jeweiligen Autor*innen verantwortlich.

Gesamtredaktion

MA Eva Moehleck de Baseggio

Gestaltung, Satz und Druck

Höhere Kadernausbildung der Armee (HKA)

Bildmaterial

Militärakademie (MILAK) an der ETH Zürich
Zentrum für elektronische Medien ZEM

© Militärakademie (MILAK) an der ETH Zürich, 8903 Birmensdorf ZH

ISBN: 978-3-9524918-2-9

Inhaltsverzeichnis

5	Vorwort der Herausgeber*innen <i>Dr. Tibor Szvircsev Tresch</i> <i>MA Eva Moehlecke de Baseggio</i>
7	Begrüßung <i>Brigadier Peter Candidus Stocker</i>
9	#transparenz – Chance oder Risiko? (Teil 1) <i>Dr. Tibor Szvircsev Tresch</i>
15	Attention Economics and Misinformation <i>Prof. Dr. Vincent F. Hendricks</i>
25	Fake News oder Free Speech? <i>Dr. iur. Reto Patrick Müller</i>
49	#transparenz – Chance oder Risiko? (Teil 2) <i>Dr. Tibor Szvircsev Tresch</i>
53	Social Media und Transparenz – Was die Wirtschaft von den Kardashians lernen kann <i>Karin Baltisberger</i>
63	Social Media and Transparency – A Perspective of Armed Forces <i>Colonel Juanita Chang</i>
71	Social Media – Risiken und Chancen für die Politik <i>NR Doris Fiala</i>
73	Podiumsdiskussion
85	Publikumsbefragung via Slido
87	Publikumsfragen via Slido
91	Lebensläufe der Referent*innen und Podiumsteilnehmer*innen

Fake News oder Free Speech?¹



Dr. iur. Reto Patrick Müller*
Dozent Öffentliches Recht
Universität Basel und ETH Zürich

1. Einleitung

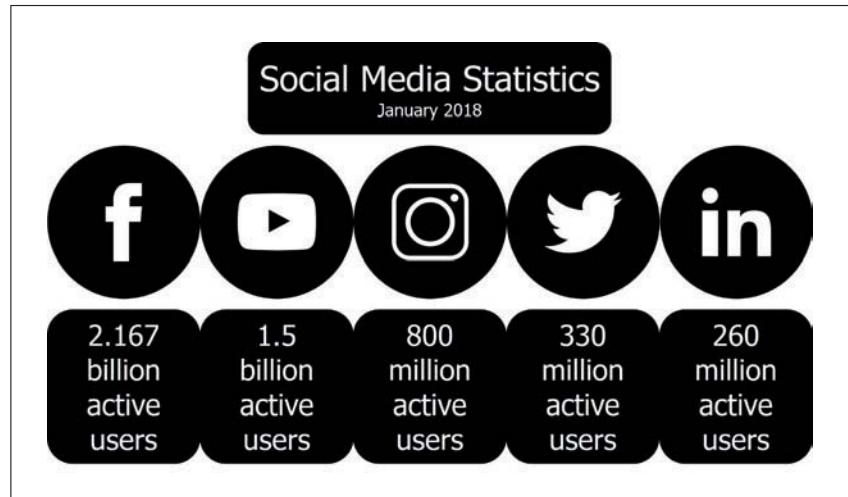


Abbildung: Verbreitung gewisser Social Media (Stand Januar 2018; gefunden im «World Wide Web»).

Die Social Media haben seit Beginn dieses Jahrhunderts eine enorme Verbreitung erlangt. Internetbasierte Kommunikationsplattformen oder -dienste wie Facebook, Twitter, Instagram – und wie sie alle heissen, oder noch heissen mögen – sind omnipräsent.

Dort tummeln sich nicht nur Medien-, Kultur- und Kunstschaaffende oder Personen von öffentlichem Interesse, sondern vor allem normale Bürger*innen. Auch automatisierte Accounts («Bots») sind in der digitalen Welt anzutreffen. Sie alle folgen einer breiten Palette von Themen oder Interessen – und äussern sich dazu: Von Politik, Wirtschaft oder Umwelt über andere gesellschaftlich relevante Inhalte bis hin zu blosser Unterhaltung, «Beauty» und «Lifestyle» und (an sich) Privatem. Tradierte Grenzen werden unscharf.

So kann zum Beispiel die Neue Zürcher Zeitung @NZZ twittern, oder eine Journalistin der NZZ über ihren persönlichen Account auf ebendieser Kommunikationsplattform – solche Tweets können von Menschen oder von Bots retweetet werden. Social Media kann nutzen, wer über einen entsprechenden Account verfügt.

Medienschaffende sowie (zumindest) klassische Medien fallen unter den sachlichen Schutzbereich der Medienfreiheit – gleichzeitig gelten für sie gewissen Pflichten. Berufsregeln oder «Standards» gibt es für andere User nicht – ob auch sie einen Schutz durch die Medienfreiheit geniessen, kann fraglich sein. Sicher ist hingegen, dass sie vertraglich die «Allgemeinen Geschäftsbedingungen» des jeweiligen Social Media-Anbieters akzeptiert haben und dass sie – wie in der analogen Welt auch – das Zivil- und das Strafrecht zu beachten haben.

Besondere Fragen des Umgangs mit Social Media stellen sich auch darum, weil sie über ihre eigentliche Verbreitung hinaus eine enorme

¹ Dieser Beitrag wurde für die vorliegende Publikation überarbeitet und erweitert.

* Der Autor dankt Herrn Cyrill A. H. Chevalley, BLaw, für seine wertvollen Recherchearbeiten und Hinweise.

allgemeine Bedeutung erlangt haben. Selbst wer nirgendwo einen Account besitzt – oder sogar, wer sich den neuen Kommunikationsplattformen bewusst verweigern will – wird mit Posts, Tweets, und dergleichen konfrontiert. Die klassischen Medien rezipieren in hohem Masse sowohl *News* als auch *Fake News* aus Social Media.

Für einzelne Personen – Donald Trump war nicht der Erste, aber der bislang wohl Bedeutendste – ist die Kombination eines direkten Zugangs zu Millionen von *Followers* einerseits und der Gewissheit der Aufnahme besonders aktueller oder provokativer Äusserungen im breiten Feld der klassischen Medien andererseits zum dominanten Pfeiler einer ausgeklügelten Kommunikationsstrategie geworden.



Abbildung: «realDonaldTrump» kommentiert auf Twitter die Berichterstattung über sein Amtsenthebungsverfahren (28. Januar 2020).

Nachfolgend wird zuerst ein Überblick über die Grundrechte freier Kommunikation erstellt. Sie prägen die rechtliche Grundordnung für alle Arten der Mediennutzung. Im Anschluss daran wird auf spezielle Herausforderungen im Umgang mit Social Media eingegangen. Dabei kann an die von Lehre und Praxis entwickelten Grundsätze zur «klassischen» Ausübung der Grundrechte freier Kommunikation angeknüpft werden. In den Schlussbetrachtungen soll auf der Basis der gewonnenen Erkenntnisse ein Ausblick gewagt werden.

2. Kommunikationsgrundrechte

Grundrechte sind die in den Verfassungen von Bund und Kantonen sowie in internationalen Konventionen gewährleisteten elementaren Rechte der Einzelnen gegenüber dem Staat.

a) Bedeutung

Die Grundrechte freier Kommunikation schützen ein *elementares Bedürfnis* nach Mitteilung und Auseinandersetzung mit anderen Menschen. Damit ist zuerst eine unmittelbare, persönliche Ebene angesprochen. Freie Kommunikation hat aber vor allem auch eine gesellschaftlich-politische Bedeutung: Der ungehinderte Fluss von Informationen,

Meinungen und Wirklichkeitsdeutungen liefert Privaten und Staatsorganen Impulse. Impulse, die das Gemeinwesen vor Erstarrung bewahren und damit notwendige Änderungen und Anpassungen in einer sich ständig verändernden Umwelt ermöglichen². Kommunikation ist zudem das Medium zur Wahrheitsfindung³ – insbesondere in der Wissenschaft⁴.

Die Wahrheitsfindung ist als Prozess zu verstehen. Auch gefestigte Erkenntnisse dürfen und müssen in Frage gestellt – und damit verifiziert oder falsifiziert werden können. Insofern wäre eine grundsätzliche rechtliche Unterteilung von Informationen oder Äusserungen in Wahrheit auf der einen und *Fake News* auf der anderen Seite heikel – zumindest dann, wenn es bei Letzterem um mehr als um (bewusst) manipulierte Inhalte geht⁵.

b) Frühe verfassungsrechtliche Anerkennung

Art. 45. Die Pressefreiheit ist gewährleistet.
Ueber den Mißbrauch derselben trifft die Kantonalgesetzgebung die erforderlichen Bestimmungen, welche jedoch der Genehmigung des Bundesrathes bedürfen.
Dem Bunde steht das Recht zu, Strafbestimmungen gegen den Mißbrauch der Presse zu erlassen, der gegen die Eidgenossenschaft und ihre Behörden gerichtet ist.

Abbildung: Die Pressefreiheit als Grundrecht in der ersten schweizerischen Bundesverfassung.

Die französische *Déclaration des droits de l'homme* vom 26. August 1789 umschrieb mit der Meinungsfreiheit in Art. 11 auch die Bedeutung freier Kommunikation: «*La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme: tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi.*»

Die *U.S.-amerikanische Verfassung* vom 17. September 1787 enthielt noch keine Grundrechte⁶. Bereits der erste Verfassungszusatz (*first amendment*) von 1791 verankerte aber die Meinungsäusserungsfreiheit (*freedom of speech*). Die erste *schweizerische Bundesverfassung* vom 12. September 1848 verankerte nur vereinzelt Grundrechte – darunter gehörte mit Art. 45 aber die Pressefreiheit.

Die Bedeutung der Möglichkeit der freien *Meinungsäusserung* manifestierte sich beim ersten erfolgreichen eidgenössischen Gesetzesreferendum. Die Abstimmung im Jahr 1903 betraf eine Novelle zum damaligen Bundesstrafrecht⁷. Damit hätte gegen die Armee gerichtete «Propaganda» unter Strafe gestellt – und damit verhindert – werden sollen. In den eidgenössischen Räten blieb die Vorlage unumstritten. Das Volk hat sie aber abgelehnt und damit die freie Meinungsäusse-

2 Vgl. zum Ganzen aus der Literatur insb. Jörg Paul Müller/Markus Schefer, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl., Bern 2008, S. 347 f. oder Francis Jacobs/Robin White/Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 7th ed., Oxford 2017, S. 483. Aus der Rechtsprechung insb. EGMR GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland, 18597/13 (2018), § 51 oder Handyside v. The United Kingdom, 5493/72 (1976), § 49 sowie BGE 96 I 586, E. 6 S. 592.

3 Dazu insb. Raphaela Cueni, *Falsche und irreführende Informationen im Verfassungsrecht der Schweiz*, ex ante 1/2019, S. 3 ff. (S. 5), m.H. auf John Stuart Mill.

4 Reto Patrick Müller/Herbert Zech, *Was ist Technikrecht? Herausforderungen der Rechtsordnung im Umgang mit einer «hybriden» Querschnittsmaterie, Sicherheit & Recht 2/2019*, S. 72 ff. (S. 79 ff.).

5 Der Begriff der Fake News wird in vorliegendem Beitrag bewusst offen verwendet. In Lehre und Praxis haben sich unterschiedliche Definitionen herausgebildet, die von bloss unzutreffenden Informationen über bewusste Falschinformationen bis hin zu politisch als unerwünscht taxierten Informationen variieren; vgl. den Überblick bei Cueni (Anm. 3), S. 3 mit Fn. 1 (m.w.H.).

6 Das war nach ursprünglicher Staatskonzeption auch nicht notwendig.

7 Zum Bundesstrafrecht vgl. Reto Patrick Müller, *Innere Sicherheit Schweiz – Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848*, Diss., Basel 2009, S. 69 ff.

rung sogar in einem heiklen Bereich geschützt, respektive auch *Fake News* in Kauf genommen⁸.

c) Verankerung und Systematik

Heute verankert die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) die Grundrechte freier Kommunikation im Grundrechtskatalog (Art. 7 ff. BV). Dazu gehören neben der Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 2 BV) auch die Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 3 BV), die Medienfreiheit (Art. 17 BV), die Versammlungsfreiheit (Art. 22), die Vereinigungsfreiheit (Art. 23), aber auch die Kunstfreiheit (Art. 21 BV) und die Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV).

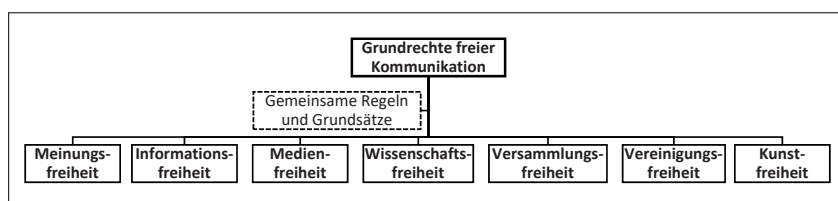


Abbildung: Die Grundrechte freier Kommunikation in der Bundesverfassung.

Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) garantiert die Freiheit der Meinungsäusserung (Art. 10) sowie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11). Das vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) daraus entwickelte Fallrecht umfasst im Grunde die gleichen Gehalte wie die oben erwähnten Grundrechte der Bundesverfassung. Demgegenüber haben die Grundrechte der Kantonsverfassungen im Kommunikationsbereich kaum mehr eine eigenständige Bedeutung.

Die Grundrechte freier Kommunikation sind ein *Konglomerat* einzelner Verfassungsnormen mit kommunikativem Zweck. An sich hat jedes dieser Grundrechte seine eigenen Träger*innen, seine eigenen Schutzbereiche und seine eigenen Ausprägungen und Spezifika. Es gibt aber auch starke verbindende Elemente und Überlappungen. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts und den Erkenntnissen der juristischen Lehre haben sich gemeinsame Regeln und Grundsätze entwickelt.

So ist der *Begriff der Meinung* nach Art. 16 BV – welcher heute in einem weiten Sinne verstanden wird⁹ – für alle Grundrechte freier Kommunikation relevant. Nach der Formulierung des Bundesgerichts umfasst der Meinungsbegriff «die Ergebnisse von Denkvorgängen sowie rational fassbar und mitteilbar gemachte Überzeugungen in der Art von Stellungnahmen, Wertungen, Anschauungen, Auffassungen und dergleichen»¹⁰. Dazu gehören persönliche Ideen und Werturteile, rational oder intuitiv erfassbare Mitteilungen, der Ausdruck von Gefühlen¹¹, aber auch Informationen und Nachrichten (Tatsachendarstellungen)¹². Eine Meinung muss zudem nicht die eigene sein, um Schutz zu verdienen – auch die Wiedergabe fremder Ansichten fällt unter den Meinungsbegriff und damit den entsprechenden grundrechtlichen Schutzbereich¹³.

8 Müller (Anm. 7), S. 176 f.

9 Heikel erscheint es, dem Meinungsbegriff andere Begriffe im Sinne von Einschränkungen gegenüberzustellen (dies gilt insbesondere beim Verbot von «Propaganda»; vgl. zum Begriff BGE 68 IV 145, E.2 S. 147 und dazu Müller [Anm. 7], S. 310).

10 BGE 117 Ia 472, E. 3c S. 478; Andreas Kley/Esther Tophinke, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 16, Rz. 5.

11 Kley/Tophinke (Anm. 10), Art. 16 Rz. 5.

12 Kley/Tophinke (Anm. 10), Art. 16 Rz. 5; Cueni (Anm. 3), S. 6.

13 Vgl. Maya Hertig, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015, Art. 16, Rz. 9.

Damit steht die Meinungsäusserungsfreiheit nicht nur formell, sondern auch inhaltlich quasi am Anfang der Grundrechte freier Kommunikation. Ihre systematische Funktion ist allerdings jene eines Auf-fanggrundrechts, wenn kein spezielleres Kommunikationsgrundrecht Anwendung findet¹⁴ – wie zum Beispiel die Kunst- oder die Versammlungsfreiheit.

Am deutlichsten manifestieren sich die Bezüge innerhalb der Grundrechte freier Kommunikation beim unverletzlichen Kerngehalt. Als solcher wird für sämtliche Kommunikationsgrundrechte das in Art. 17 Abs. 2 BV bei der Medienfreiheit verankerte Verbot der präventiven Vorzensur¹⁵ anerkannt¹⁶.

Für die vorliegende Fragestellung (*Fake News oder Free Speech*) stehen die Meinungsäusserungsfreiheit, die Medienfreiheit und die Informationsfreiheit im Vordergrund. Stark vereinfacht geht es bei der Meinungsfreiheit darum, Meinungen haben und verbreiten zu dürfen, bei der Medienfreiheit darum, Meinungen mit Mitteln der Massenkommunikation verbreiten zu dürfen und bei der Informationsfreiheit darum, Informationen erhalten zu dürfen.

d) Grundrechtseingriffe

Grundrechte an sich haben (meist) keine absolute Geltung. Eingriffe in die persönlichen und sachlichen Schutzbereiche von Grundrechten sind möglich, solange sie sich nach den Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 1 BV richten. Absolut unzulässig sind jedoch Eingriffe in die *Kerngehalte* von Grundrechten.

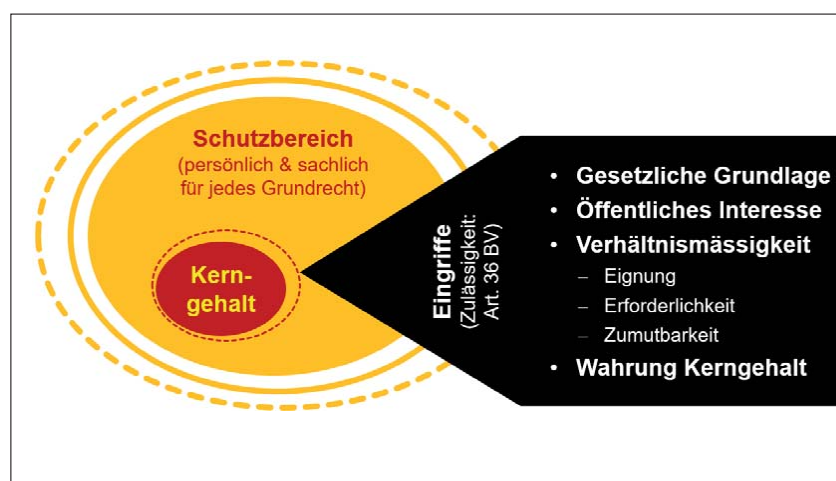


Abbildung: Schema Grundrechtseingriff nach Art. 36 Abs. 1 BV.

Sofern also der Kerngehalt eines Grundrechts gewahrt bleibt, können Eingriffe in die Schutzbereiche zulässig sein, wenn sie auf einer (ausreichenden) *gesetzlichen Grundlage* basieren, einem überwiegenden *öffentlichen Interesse* folgen und *verhältnismässig* sind.

Insbesondere bei der Medien- und der Informationsfreiheit ist ein öffentliches Interesse aber nicht nur hinsichtlich einer Einschränkung grundrechtlicher Gehalte zu berücksichtigen – vielmehr können öffent-

¹⁴ Vgl. BGE 127 I 164, E. 3b S. 168; aus der Lehre etwa Giovanni Biaggini, *BV Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 16, Rz. 3.

¹⁵ Der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages, *Bericht Fake News (2017)*, S. 9 fasst unter Vor- oder Präventivzensur «einschränkende Massnahmen vor der Herstellung oder Verbreitung eines Geisteswerkes, insbes. das Abhängigmachen von behördlicher Vorprüfung und Genehmigung seines Inhalts (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)».

¹⁶ Zur Vorzensur insb. Müller/Schefer (Anm. 2), S. 352 ff. (m.w.H.) oder Biaggini (Anm. 14), Art. 16 BV, Rz. 3.

liche Interessen eine möglichst offene, breite Debatte geradezu verlangen. Stehen sich verschiedene öffentliche Interessen gegenüber, sind sie gegeneinander *abzuwägen*.

Die anschliessende Verhältnismässigkeitsprüfung beantwortet die Fragen, ob eine grundrechtseinschränkende Massnahme geeignet, erforderlich und zumutbar ist¹⁷.

e) Beispiel: Veröffentlichung einer vertraulichen Notiz in einer Zeitung

Der nicht immer ganz einfache Umgang mit den Grundrechten freier Kommunikation lässt sich an einem aus rechtswissenschaftlicher Sicht noch aktuellen, aber in der Zeit vor dem Aufkommen der Social Media liegenden Fall illustrieren.

aa) Sachverhalt

Es geht darin um den Umgang mit nachrichtenlosen Vermögen auf Schweizer Bankkonten nach dem Zweiten Weltkrieg. Schon seit geraumer Zeit bestanden juristische Auseinandersetzungen zwischen den Überlebenden des Holocaust und deren Nachkommen auf der einen und den betreffenden Schweizer Banken auf der anderen Seite. Mitte der 1990er Jahre entwickelte sich daraus ein politischer Konflikt zwischen der Schweiz und den USA. Auf dessen Höhepunkt veröffentlichte der Journalist Martin Stoll eine vertrauliche Notiz des Schweizer Botschafters in Washington in der Sonntagszeitung. Die Notiz war teilweise sehr deutlich formuliert – die Veröffentlichung dieser Passagen schwächte die Schweizer Verhandlungsposition. Für seine Veröffentlichung wurde der Journalist von einem Schweizer Gericht zu einer Busse in der Höhe von 800 Franken verurteilt.

bb) Einschränkung des Grundrechts (Art. 36 Abs. 1 BV)

Dass der Beitrag eines Journalisten über politische Ereignisse in einer Zeitung unter den persönlichen und sachlichen Schutzbereich der Medienfreiheit fällt, war nicht umstritten. Zudem ist klar, dass die Verurteilung zu einer Busse in diesem Zusammenhang eine Grundrechtseinschränkung bildet. Umstritten war, ob diese Grundrechtseinschränkung zulässigerweise erfolgt ist oder nicht. Für die Gerichte waren das öffentliche Interesse sowie die Frage der Verhältnismässigkeit die entscheidenden Stellschrauben zur rechtlichen Beurteilung des Falls.

Die *gesetzliche Grundlage* für die Einschränkung findet sich in diesem Fall im Schweizerischen Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) – konkret in Art. 293 StGB, einer Norm zum Geheimnisschutz.

Art. 293 StGB: Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen

¹ Wer aus Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen einer Behörde, die durch Gesetz oder durch einen gesetzmässigen Beschluss der Behörde als geheim erklärt worden sind, etwas an die Öffentlichkeit bringt, wird mit Busse bestraft.

² Die Gehilfenschaft ist strafbar.

³ Die Handlung ist nicht strafbar, wenn der Veröffentlichung kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegengestanden hat.

¹⁷ Vgl. dazu weiterführend Markus Schefer, *Die Beeinträchtigung von Grundrechten*, Bern 2006, S. 82 ff.

Das *öffentliche Interesse* an der Grundrechtseinschränkung lag im Schutz der diplomatischen Interessen der Schweiz. Indes gab es auch ein öffentliches Interesse daran, die Grundrechte freier Kommunikation gerade bei einer auch in der Schweiz kontrovers geführten öffentlichen Debatte nicht einzuschränken. Bei der Frage der *Verhältnismässigkeit* ging es primär um die Höhe der (eher geringen) Busse. Fragen zum *Kerngehalt* der Grundrechte freier Kommunikation stellten sich nicht, da der Artikel ja publiziert worden war – sprich es keine Vorzensur gegeben hatte.

cc) Beurteilung durch die Gerichte

Der Fall wurde von den drei damit befassten höchsten Gerichten, nämlich dem Schweizerischen Bundesgericht (BGer), der Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und der Grand Chamber (GC) des EGMR, unterschiedlich beurteilt.

Das *Schweizerische Bundesgericht* hat als letzte nationale Instanz die Verurteilung des Journalisten zu einer Busse wegen Verletzung von Art. 293 StGB geschützt. Es zog dabei auch das Verhalten Stolls heran, welches nicht gerechtfertigt gewesen sei:

«Die (...) an die Öffentlichkeit gebrachten Passagen aus dem vertraulichen Papier waren im Übrigen auch Geheimnisse im materiellen Sinne. (...). Die (...) geforderte Beschränkung des Tatbestands auf Geheimnisse von erheblicher Bedeutung, deren Veröffentlichung den Staat in seinen Grundfesten erschüttern kann, geht über eine (verfassungs- bzw. EMRK-konforme) Auslegung von Art. 293 StGB, welcher (...) für das Bundesgericht massgebend ist, weit hinaus. Dasselbe gilt für die Auffassung, die Verurteilung eines Medienschaffenden wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen gemäss Art. 293 StGB sei nur dann zulässig, wenn das staatliche Geheimhaltungsinteresse gewichtiger als das öffentliche Informationsinteresse sei. Diese Frage betrifft nicht den Tatbestand, sondern allenfalls den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen, dessen Voraussetzungen vorliegend indessen ohnehin nicht erfüllt sind.»¹⁸

«Bei diesem Ergebnis erübrigt sich eine Abwägung der im vorliegenden Fall auf dem Spiel stehenden Interessen. (...) Der Vollständigkeit halber sei immerhin festgehalten, dass das Interesse an der Wahrung der Vertraulichkeit des fraglichen Strategiepapiers (...) gewichtiger war als das Interesse des Publikums an der Kenntnisnahme der in der Zeitung veröffentlichten Passagen. (...) Die Wahrung der Vertraulichkeit des Strategiepapiers lag nicht nur im Interesse des Botschafters und des Bundesrates, sondern im Landesinteresse. Durch die Veröffentlichung einzelner Passagen konnten sowohl der Prozess der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung auf der schweizerischen Seite gestört als auch vor allem die ohnehin schwierigen Verhandlungen mit der Gegenseite zusätzlich erschwert und belastet werden, was nicht im Landesinteresse lag. Demgegenüber war das durch die reisserische Überschrift angestachelte kurzfristige Sensationsinteresse der Öffentlichkeit an der Kenntnisnahme der in der Zeitung publizierten, aus dem Zusammenhang gerissenen Passagen aus rechtlicher Sicht von vergleichsweise

¹⁸ BGE 126 IV 236, E. 8 S. 254.

geringer Bedeutung, zumal sich aus der vom Beschwerdeführer beanstandeten ‹Tonalität› des in einem bestimmten Kontext verfassten, internen Papiers, welches im Zeitungsartikel übrigens kurzerhand als inhaltlich banal disqualifiziert wurde, ohnehin keine eindeutigen und unstreitigen Schlüsse auf die ‹Mentalität› und gar auf die Eignung des Botschafters für die ihm gestellte Aufgabe ziehen liessen.»¹⁹

Die Kammer des EGMR hat den Fall anders beurteilt und Stoll recht gegeben. Sie hat auf das grosse öffentliche Interesse auch am Agieren der Behörden gerade in heiklen Situationen abgestellt:

There «(...) is little scope (...) for restrictions on political speech or on debate of questions of public interest (...). The most careful scrutiny on the part of the Court is called for when, as in the present case, the measures taken or sanctions imposed by the national authority are capable of discouraging the participation of the press in debates over matters of legitimate public concern (...).

The Court considers that the confidentiality of diplomatic reports is justified in principle, but cannot be protected at any price. Moreover, the role of the media as critic and watchdog also applies to matters of foreign policy. (... T)he Court acknowledges also that the public had a legitimate interest in receiving information about the officials dealing with such a sensitive matter and their negotiating style and strategy. (...)

The Court fully recognises the importance of protecting the work of the diplomatic corps from outside interference. However, it considers that the present case differs, in terms of the nature of the information disclosed, from other cases raising similar issues, in that it does not concern the proper functioning of the State bodies responsible for ‹national security› and ‹public safety› in the strict sense, as maintained by the Government (...). Regard being had to the fact that exceptions to freedom of expression must be strictly construed, the Court is not persuaded that the disclosure of aspects of the strategy to be adopted by the Swiss Government in the negotiations concerning the assets of Holocaust victims and Switzerland's role in the Second World War was capable of prejudicing interests that were so important that they outweighed freedom of expression in a democratic society. (...)

(... T)he Court reiterates that, by reason of the ‹duties and responsibilities› inherent in the exercise of freedom of expression, the safeguard afforded by Article 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the provision that they are acting in good faith in order to provide accurate and reliable information in accordance with the ethics of journalism (...).

(... T)he Court observes that the applicant's conviction was based solely on his publication of secret official deliberations. There was no mention of any offence against honour, such as defamation (Article 173 of the Criminal Code) or insult (Article 177). It does not share the Government's view that the way in which the information is presented should be a decisive factor in assessing newspaper articles which give rise to penalties for disclosure of information considered to be secret.

19 BGE 126 IV 236, E. 9 S. 254 f.

Lastly, the Court reiterates that the nature and severity of the penalty imposed are factors to be taken into account when assessing the proportionality of the interference (...). In that connection, it notes that, while the penalty imposed on the applicant was relatively light (...), what matters is not that the applicant was sentenced to a minor penalty, but that he was convicted at all (...).

Furthermore, while the penalty did not prevent the applicant from expressing himself, his conviction nonetheless amounted to a kind of censorship which was likely to discourage him from making criticisms of that kind again in the future. In the context of a political debate such a conviction is likely to deter journalists from contributing to public discussion of issues affecting the life of the community. By the same token, it is liable to hamper the press in the performance of its task of purveyor of information and public watchdog (...).

Having regard to the above considerations, the journalist's conviction was not reasonably proportionate to the legitimate aim pursued, in view of the interest of a democratic society in ensuring and maintaining the freedom of the press.

Accordingly, there has been a violation of Article 10 of the Convention.»²⁰

Die *Grand Chamber* des EGMR hat hingegen der Schweiz recht gegeben. Neben dem Interesse am Geheimnisschutz hat sie das Verhalten des Journalisten Stoll mit einbezogen. Sein Artikel war einseitig und reisserisch – und darum letztlich nicht schutzwürdig:

«The Court reiterates that the nature and severity of the penalty imposed are further factors to be taken into account when assessing the proportionality of interference (...).

Furthermore, the Court must be satisfied that the penalty does not amount to a form of censorship intended to discourage the press from expressing criticism. In the context of a debate on a topic of public interest, such a sanction is likely to deter journalists from contributing to public discussion of issues affecting the life of the community. By the same token, it is liable to hamper the press in performing its task as purveyor of information and public watchdog (...). In that connection, the fact of a person's conviction may in some cases be more important than the minor nature of the penalty imposed (...).

On the other hand, a consensus appears to exist among the member States of the Council of Europe on the need for appropriate criminal sanctions to prevent the disclosure of certain confidential items of information (...).

In the instant case it should be observed that the penalty imposed on the applicant could hardly be said to have prevented him from expressing his views, coming as it did after the articles had been published (...).

It is true that no action was taken to prosecute the journalists who, the day after the applicant's articles appeared, published the report in part

²⁰ EGMR Stoll v. Switzerland, 69698/01 (2006), §§ 46 ff.

and even in full, and therefore, on the face of it, revealed much more information considered to be confidential. However, that fact in itself does not make the sanction imposed on the applicant discriminatory or disproportionate. Firstly, the applicant was the first to disclose the information in question. Secondly, the principle of discretionary prosecution leaves States considerable room for manoeuvre in deciding whether or not to institute proceedings against someone thought to have committed an offence. In a case such as the present one they have the right, in particular, to take account of considerations of professional ethics.

Lastly, as regards the possible deterrent effect of the fine, the Court takes the view that, while this danger is inherent in any criminal penalty, the relatively modest amount of the fine must be borne in mind in the instant case.

In view of all the above factors, the Court does not consider the fine imposed in the present case to have been disproportionate to the aim pursued.»²¹

Das Beispiel zeigt, dass der Umgang bereits mit den klassischen Ausprägungen der Grundrechte freier Kommunikation (hier der Medienfreiheit) nicht immer ganz einfach ist. Im Einzelfall kann ein Entscheid von Wertungs- und Abwägungsfragen geprägt sein. Nicht in Frage stand für die Gerichte die Bedeutung einer freien Kommunikation an sich.

f) Grenzen freier Kommunikation

Nach dem Konzept der Kommunikationsgrundrechte hängt der Begriff der Meinung (dazu bereits oben, Ziff. 2, c) *Verankerung und Systematik*) nicht von einem richtigen oder falschen Inhalt ab. Es geht aus grundrechtlicher Sicht also nicht um eine Unterscheidung zwischen *Facts* und *Fake News* – mit der Konsequenz, dass Erstere in den sachlichen Schutzbereich von Grundrechten freier Kommunikation fallen würden, Letztere hingegen ausgeschlossen blieben.

Der U.S.-amerikanische *Supreme Court* hat sich in einem Leitentscheid aus dem Jahre 1964 mit dem Ersten Verfassungszusatz auseinandergesetzt. Dabei nahm das Gericht – neben der Klärung spezifischer anderer Fragen – auch eine grundsätzliche Einordnung des *freedom of speech* (dazu bereits oben, Ziff. 2, c) *Verankerung und Systematik*) vor: «(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'.»²²

Auch bei den gesetzlichen Einschränkungen von Grundrechten freier Kommunikation geht es nicht – zumindest nicht unmittelbar – um eine Unterscheidung zwischen Verifiziertem (Wahrheit) und Falschem. Einschränkungen erfolgen vielmehr zum Schutz bestimmter individueller oder kollektiver Rechtsgüter – etwa vor Ehrverletzungen, zum Schutz legitimer Geheimnisse oder zur Vermeidung von offenem Rassismus. Wer gegen entsprechende gesetzliche Regeln verstösst, kann je nach dem in strafrechtlicher, privatrechtlicher oder – allenfalls – disziplinarischer Hinsicht zur Verantwortung gezogen werden.

21 *EGMR Stoll v. Switzerland (GC), 69698/01 (2007), §§ 153 ff.*

22 *U.S. Supreme Court, New York Times v. Sullivan (1964), 376 U.S. 254, 271 f.*



Abbildung: Reste eines Konzentrationslagers der Nationalsozialisten (heute: Gedenkstätte Dachau).

Medien, seien sie klassisch oder modern (z.B. als Social Media), fungieren bei der Verbreitung von Meinungen als Katalysatoren. Sie richten sich an eine Öffentlichkeit als Adressatin und vermitteln Meinungen, Inhalte, Bilder, Lieder, usw. Hinsichtlich des Öffentlichkeitsbegriffs zeigt sich das Bundesgericht sehr offen. Die Medienfreiheit nach Art. 17 BV schützt Meinungen (im Sinne des weiten grundrechtlichen Meinungsbegriffs), wenn sie nicht bloss in einem privaten Rahmen erfolgen, sondern einem «mehr oder weniger grossen Adressatenkreis zugänglich gemacht»²³ werden (können).

Der weiten Interpretation des Öffentlichkeitsbegriffs hat das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 1905 zur damaligen Pressefreiheit den Weg geebnet (auch wenn es ab den 1930er Jahren, wohl «geltungszeitlich» bedingt, die Grundrechte freier Kommunikation zwischenzeitlich generell restriktiver interpretiert hat²⁴): *«Sans doute que tout produit de la presse ne peut être mis au bénéfice de la dite garantie, et qu'il y aurait lieu, par exemple, d'en exclure un écrit qui n'aurait été imprimé qu'en un exemplaire unique; la protection constitutionnelle accordée à la presse suppose l'élément de la publicité. Il faut dès lors admettre qu'un produit de la presse doit en tout cas jouir du bénéfice de cette garantie lorsqu'il a été tiré à un nombre plus ou moins considérable d'exemplaires et qu'il est destiné à un nombre plus ou moins grand de lecteurs; il va de soi que le chiffre ne saurait en être déterminé d'une manière précise, mais la notion de publicité est si claire qu'il sera toujours possible de décider, dans chaque cas particulier, si le nombre d'exemplaires ou de lecteurs prévu est suffisant pour qu'il y ait lieu d'admettre l'existence d'une publication capable de jouir de la protection constitutionnelle. Dans l'espèce actuelle, l'importance de l'édition de la circulaire n'est pas établie, mais il n'en est pas moins hors de doute qu'il s'agit d'un imprimé portant les caractères de la publicité, puisqu'il était destiné à tous les électeurs de la paroisse de Saint-Aubin sans distinction, et qu'il a été distribué, en fait, à la majorité de ceux-ci.»*²⁵

23 Müller/Schefer (Anm. 2), S. 441 sowie weiterführend S. 444 ff.

24 Müller (Anm. 7), S. 284 ff. und insb. 289 f.

25 BGE 31 I 385, E.2 S. 393.

Auch wenn sich die Schutzbereiche der Grundrechte freier Kommunikation gerade nicht auf «Wahres» beschränken, so geht es bei den geschützten Inhalten im Kern gleichwohl – wenn auch viel abstrakter – um die *Suche* nach Wahrheit. Die Freiheit der Kommunikation gewährleistet es, zu hinterfragen, zu verifizieren, Irrtümer also solche zu erkennen und gewährleistet damit die Möglichkeit zur Korrektur. Letztlich wird Falsches als falsch, Richtiges als richtig erkannt – ohne das Ersteres verboten, Zweiteres indoktriniert werden müsste.

Indes bestehen für Medien(-schaffende) gewisse Sorgfaltspflichten²⁶. Absolute Grenzen für die Ausübung freier Kommunikation bilden hingegen seltene Ausnahmen; dazu gehört etwa das Verbot, das schlimmste und unmenschlichste aller Verbrechen, den Holocaust, zu leugnen²⁷.

3. Social Media

a) Besonderheiten neuer, internetbasierter Medien

Das «grenzenlose» Internet und die darauf basierenden Social Media²⁸ stellen den Umgang mit den Grundrechten freier Kommunikation zuweilen auf die Probe. Das *World Wide Web* ist eine grosse, vielfältige und vor allem offene Kommunikationsplattform. Das Netz kann sowohl für öffentliche als auch für private Kommunikation genutzt werden²⁹.

Die direkte und zeitverzugslose Verbreitung von Daten – ohne einen inhaltlichen «Filter» durch Verlage, Sendestationen, etc. – gehört zu den Charakteristika der Kommunikation in Social Media. Die Tiefe des Netzes bietet zudem Schutz. Äusserungen erfolgen teilweise sogar anonym, ohne erkennbaren realen Absender. Die Einordnung und Überprüfbarkeit von Aussagen kann dann erschwert sein. Und gerade das «Unglaubliche» oder das «besonders Freche» weckt Interesse oder Reize beim Publikum.



Abbildung: Influencer «Rezo» rechnet mit der CDU ab.

In Deutschland hat «Rezo» bewiesen, was ein Beitrag auf Youtube auslösen kann. Der Influencer hat im Vorfeld der Europawahlen von

26 Franz Zeller/Regina Kiener, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015, Art. 17, Rz. 17.

27 Müller/Schefer (Anm. 2), S. 385 (m.w.H. auf die Rspr. des EGMR).

Vgl. zur Problematik der Auseinandersetzung mit dem Völkermord an den Armeniern EGMR Perinçek v. Switzerland, 27510/08 (2015), §§ 129 f. Zur Leugnung des Holocaust vgl. EGMR Garaudy v. France, 65831/01 (2003), passim (Nichteintreten).

28 «Social Media oder Soziale Netzwerke sind mehr oder weniger offene, interaktive und partizipative Plattformen, die es Nutzenden ermöglichen zu kommunizieren, Beziehungen aufzubauen und diese zu pflegen»; so der Bundesrat, *Rechtliche Basis für Social Media, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Amherd 11.3912 vom 29. September 2011* (2013), S. 2 (Zusammenfassung).

29 In seinem *Social Media Bericht* (Anm. 28), S. 2 sowie S. 7 f. weist der Bundesrat auf die Charakteristika von Sozialen Medien hin: Nutzende können allein oder zusammen mit Dritten Inhalte generieren und diese anderen zugänglich machen sowie Inhalte von Dritten und über Dritte austauschen; die Grenzen zwischen Autorschaft, Produzentin, Verbreiterin und Nutzerin oder Nutzer lösen sich auf; ebenso verwischen die Grenzen zwischen privater und öffentlicher Kommunikation.

2019 ein Video ins Netz gestellt, in welchem er mit der CDU (und auch mit anderen Parteien) hart ins Gericht geht. Wohl aufgrund der innert kürzester Zeit sehr hohen «Klickzahlen» insbesondere bei einem jungen Publikum ist das Video zum «Politikum» geworden. Letztlich hat es eine – kurze – Debatte rund um die Meinungsäusserungsfreiheit ausgelöst.

Wie jede «adressatengerechte» politische Kommunikation ist auch das Video des Influencers von Vereinfachung, Einseitigkeit und Übertreibung geprägt. Youtube hat es Rezo ermöglicht, sich selbst ein Forum zu schaffen und seine Botschaft direkt zu verbreiten³⁰. Dass die Kritik am Kritiker teilweise recht ungenau dahergekommen ist, lässt m.E. auch Rückschlüsse auf eine Angst vor kritischer Debatte zu³¹ (um Debatten anzustossen oder zuzuspitzen, braucht es eben zuweilen auch etwas Provokation in ungewohnter Art und von ungewohnter Seite). There is such thing as (civil) society³²!

Aus der Nutzung von Social Media ergeben sich durchaus auch neue rechtliche Herausforderungen. Nach hier vertretener Ansicht sind die im Zusammenhang mit «klassischen» Medien und «klassischen» Arten der Meinungsäusserung (sofern es solche überhaupt gibt) entwickelten Grundsätze der Grundrechte freier Kommunikation wegleitend.

Der *EGMR* hat die Bedeutung des Internets in einem Fall hervorgehoben, in welchem eine Person von den türkischen Behörden beschuldigt worden war, in einer wissenschaftlichen Publikation auf seiner Website das Ansehen des Staatsgründers Atatürk beleidigt zu haben: «*[T]he Internet has now become one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom of expression and information, providing as it does essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest.*»³³

Den Besonderheiten und allenfalls Zuspitzungen, welche sich im Umgang mit Social Media ergeben können, kann und muss – im Rahmen der allgemeinen Grundsätze – Rechnung getragen werden³⁴.

b) «Das Internet» als Medium?

Art. 17 BV: Medienfreiheit

¹ Die Freiheit von Presse, Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen ist gewährleistet.

² Zensur ist verboten.

³ Das Redaktionsgeheimnis ist gewährleistet.

In Art. 17 BV werden zwei vom sachlichen Schutzbereich des Grundrechts erfasste Medien explizit genannt, nämlich Radio und Fernsehen. Beide Medien stehen Privaten nicht ohne Weiteres zur Verfügung. Ursprünglich wurden sogar beide im staatlichen Monopol betrieben. Noch heute gilt für die meisten Radio- und Fernsehstationen in der Schweiz ein Konzessionsregime. Art. 93 BV verankert die Bundeskompetenz im Bereich von «über Radio und Fernsehen sowie über andere Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Dar-

30 Inzwischen hat «Rezo» auf «Zeit online» (www.zeit.de), also dem Ableger eines klassischen Presseerzeugnisses, eine eigene (lesenswerte) Serie «Rezo stört».

31 Vgl. den Kommentar von Hansjörg Müller in der NZZ «Kramp-Karrenbauer fordert «Regeln» für Youtuber – und wirkt dadurch wie eine schlechte Verliererin», online unter <https://www.nzz.ch/international/kramp-karrenbauer-will-regeln-fuer-youtuber-und-sieht-dadurch-aus-wie-eine-schlechte-verliererin-ld.1485146> (besucht am 25. Januar 2020).

32 In Anlehnung an das Zitat von Margaret Thatcher aus dem Jahr 1987. Später meinte die Urheberin mit Blick auf die Rezeption (Hervorhebung nur hier): «**they never quoted the rest.** I went on to say: There are individual men and women, and there are families. And no government can do anything except through people, and people must look to themselves first. It's our duty to look after ourselves and then to look after our neighbour. My meaning, clear at the time but subsequently distorted beyond recognition, was that society was not an abstraction, separate from the men and women who composed it, but a living structure of individuals, families, neighbours and voluntary associations.» Zum Zitat sowie weiterführend <https://iea.org.uk/blog/there-is-no-such-thing-as-society> (besucht am 25. Januar 2020).

33 *EGMR* Ahmet Yildirim v. Turkey, 3111/10 (2012), § 55.

34 Der *EGMR* weist warnend darauf hin, dass für Online-Medien andere Regeln als für die klassischen Druckerzeugnisse erforderlich wären, da aufgrund der weltweiten Zugänglichkeit des Internets die Gefahr von Rechtsverletzungen grösser sei; vgl. *EGMR* Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v. Ukraine, 33014/05 (2011), § 63.

bietungen und Informationen». Das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG, SR 784.40) legt die Rahmenbedingungen dazu fest.

Mit den «anderen öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen» (Art. 17 und Art. 93 BV) unterstreicht die Bundesverfassung ihre Technologieoffenheit³⁵; das Recht folgt «dem aktuellen Stand der Technik»³⁶. So sinnvoll die offene Formulierung erscheint – sie lässt vorerst offen, ob das «Internet» oder gewisse Arten seiner Nutzung unter die Medienfreiheit, respektive unter den Regulierungsanspruch nach Art. 93 BV und dem RTVG fallen.

Das Internet kann durch seine generelle Offenheit sowie die Möglichkeit, enorme Mengen an Daten zu speichern und zu verbreiten, den Zugang der Öffentlichkeit zu Informationen stark vereinfachen und letztlich prägen; damit wird auch die freie Kommunikation gefördert³⁷. Dass die «Verbreitung von Informationen»³⁸ über das Internet unter die Medienfreiheit fallen kann, ist unbestritten. Dies gilt besonders dann, wenn Social Media gleich oder ähnlich wie klassische Medien genutzt werden: «Die Medienfreiheit findet auf all jene, einem offenen Nutzerkreis zugänglichen Internet-Seiten Anwendung, die eine der Presse analoge Funktion für die gesellschaftliche Willens- und die demokratische Entscheidungsbildung wahrnehmen. Besonders deutlich wird dies bei den Internet-Seiten von Printmedien (...). Aber auch etwa öffentlich zugängliche Blogs (...) werden von der Medienfreiheit erfasst.»³⁹

Fraglich ist hingegen, ob «das Internet» als Medium im Sinne der Medienfreiheit gilt und damit sämtliche dort öffentlich zugänglichen Inhalte unter den Schutzbereich von Art. 17 BV fallen (unter jenen von Art. 16 BV fallen sie sowieso)⁴⁰. Der grundrechtliche Begriff des Mediums ist an sich ziemlich offen (vgl. Ziff. 2, f) *Grenzen freier Kommunikation*); – jede Art öffentlich zugänglicher Information im Internet unter den sachlichen Schutzbereich der Medienfreiheit fallen zu lassen, würde aber zu inhaltlicher Konturlosigkeit führen⁴¹. Daher wird postuliert, Abgrenzungen nach einer *funktionalen Betrachtungsweise* vorzunehmen: «Art. 17 (BV) ist anwendbar, wenn eine Äusserung aufgrund ihrer Bedeutung jenen Schutz geniessen soll, der traditionellen Medien der Massenkommunikation zukommt.»⁴²

Aus grundrechtlicher Sicht kommt es auf die jeweils spezifische Nutzung einzelner internetbasierter Kommunikationsmittel an. Ein Anknüpfen an die klassische Medienarbeit, indem auf «Anwendbarkeit journalistischer Handwerksregeln, periodische Erscheinungsweise, typisch journalistisch-redaktionelle Darstellungsformen, Strukturierung der Informationsweitergabe oder Bestehen einer gewissen Infrastruktur»⁴³ abgestellt wird, kann aber dazu führen, die Eigenheiten von Social Media zu vernachlässigen. Zudem besteht die Gefahr, von der Rechtsfolge her auf den grundrechtlichen Schutzbereich zurückzuschliessen: So wäre es etwa denkbar, dass einem «politischen Blogger» mit Blick auf die Medienfreiheit die Akkreditierung als Journalist erteilt wird, einem «satirischen Youtuber» solches hingegen verweigert wird unter dem Hinweis, seine Art der Kommunikation werde ja «nur» von der Meinungsäusserungsfreiheit und der Informationsfreiheit geschützt⁴⁴.

35 Stephan C. Brunner/Herbert Burkert, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 17, Rz. 3 sowie Müller/Schefer (Anm. 2), S. 447.

36 Christoph Beat Graber/Thomas Steiner, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 93, Rz. 5.

37 EGMR Times Newspapers Ltd v. United Kingdom (nos. 1 and 2), 3002/03 und 23676/03 (2009), § 27.

38 Müller/Schefer (Anm. 2), S. 443.

39 Müller/Schefer (Anm. 2), S. 447.

40 Mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und wohl im Sinne einer eher offenen Interpretation Stephanie Schiedermaier, in: Katharina Pabel/Stefanie Schmahel (Hrsg.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Art. 10 EMRK, Rz. 55 (und Rz. 69 «alles, was in einem Presseerzeugnis abgedruckt wird»).

41 Zeller/Kiener (Anm. 26), Art. 17, Rz. 16 (m.w.H.).

42 Regina Kiener/Walter Kälin/Judith Wyttenbach, *Grundrechte*, 3. Aufl., Bern 2013, § 21, Rz. 17. Zudem etwa Zeller/Kiener (Anm. 26), Art. 17, Rz. 10.

43 Zeller/Kiener (Anm. 26), Art. 17, Rz. 17.

44 Die daraus resultierenden Fragestellungen würden m.E. Grundsatzentscheide im Umgang mit der Medienfreiheit provozieren; vgl. weiterführend auch Ziff. 3.d) Spezifische Rechtsprechung des EGMR sowie Alexandre Flückiger/Valérie Junod, *La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH – Portée de l'arrêt Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie en droit suisse*, Jusletter vom 27. Februar 2017, Rz. 26 f. (m.w.H.).

c) Informationsfreiheit

Art. 16 Abs. 3 BV: Informationsfreiheit

³ Jede Person hat das Recht, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten.

In die Diskussion um die Nutzung von Social Media sind m.E. die Gehalte der Informationsfreiheit einzubeziehen. Gerade im Umgang mit *Fake News* erscheint das Recht zum freien Empfang von Informationen zentral.

Das deutsche *Bundesverfassungsgericht* hat dazu im Jahr 1969 einen zu Recht stark beachteten Entscheid gefällt⁴⁵. Es fasste den Zugang zur *Leipziger Volkszeitung* unter die Informationsfreiheit – mit der Konsequenz, dass dieses Propagandaorgan der DDR in der Bundesrepublik erhältlich bleiben musste: *«Das Grundrecht der Informationsfreiheit ist wie das Grundrecht der freien Meinungsäußerung eine der wichtigsten Voraussetzungen der freiheitlichen Demokratie (...). Erst mit seiner Hilfe wird der Bürger in den Stand gesetzt, sich selbst die notwendigen Voraussetzungen zur Ausübung seiner persönlichen und politischen Aufgaben zu verschaffen, um im demokratischen Sinne verantwortlich handeln zu können. Mit zunehmender Informiertheit erkennt der Bürger Wechselwirkungen in der Politik und ihre Bedeutung für seine Existenz und kann daraus Folgerungen ziehen; seine Freiheit zur Mitverantwortung und zur Kritik wächst. Nicht zuletzt können die Informationen den Einzelnen befähigen, die Meinungen anderer kennenzulernen, sie gegeneinander abzuwägen, damit Vorurteile zu beseitigen und Verständnis für Andersdenkende zu wecken.»*⁴⁶

Auch eine nicht-dauerhafte Einschränkung des Empfangs von Informationen kann gegen Grundrechtsgehalte verstossen. Der EGMR hat im Fall einer (aufgrund eines Einzelfalls) länger andauernden allgemeinen Beschränkung des Zugangs auf YouTube in der Türkei auf eine Verletzung von Art. 10 EMRK erkannt⁴⁷: *«(...) the fact that such a measure, by rendering large quantities of information inaccessible, was bound to substantially restrict the rights of Internet users and to have a significant collateral effect.»*⁴⁸



Abbildung: Youtube-Verbot.

⁴⁵ BVerfG, 1 BvR 46/65 vom 03. Oktober 1969.

⁴⁶ BVerfG, 1 BvR 46/65, 03.10.1969, E. 2a.

⁴⁷ EGMR Cengiz and others v. Turkey, 48226/10 und 14027/11 (2015), §§ 57 und 59 ff. und dazu Jacobs/White/Ovey (Anm. 2), S. 487.

⁴⁸ EGMR Cengiz and others v. Turkey, 48226/10 und 14027/11 (2015), § 64.

Auch das schweizerische Bundesgericht hat in einem jüngeren Entscheid betont, dass die Sperrung von Webseiten das verfassungsmässige Recht auf Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit tangiert; vgl. BGer 1B_294/2014 (19. März 2015), E. 4.3.

Nur wenn man Informationen – auch falsche – empfangen kann, findet eine lebendige Auseinandersetzung damit statt. Der Widerspruch schärft die Argumente und fördert die Suche nach der Wahrheit. Auch im Lichte der Informationsfreiheit ist der «Wahrheitsgehalt» von Informationen an sich unerheblich. Gerade im politischen Kontext kann m.E. sogar ein erhöhtes Interesse daran bestehen, *Fake News* nicht zu unterdrücken, sondern als Quelle zu erhalten und damit Belege respektive Bezüge zur Urheberschaft zu ermöglichen. Das Interesse an der Wahrheitsuche steht einer Legitimation jeglicher Art von Zensur gerade entgegen⁴⁹.

Der Austausch und die Auseinandersetzung wird durch technische Möglichkeiten zum Ausschluss unliebsamer Dritter eingeschränkt. Die «Entfremdung»⁵⁰, das «Blockieren», die Errichtung geschlossener Foren, letztlich die «Monopolisierung» von Meinungen wird bislang als soziales Phänomen angesehen. M.E. sind im Gesamtkontext der Grundrechte freier Kommunikation geschlossene Foren im Internet potenziell gefährlicher als offene. Und der Ausschluss Andersdenkender ist möglicherweise problematischer als das Einprasseln von «zu viel» Information.

d) Spezifische Rechtsprechung des EGMR

Der EGMR folgt einer Fallrechtstradition. Entsprechend fällt es ihm leichter als anderen höchsten Gerichten, mit Art. 10 EMRK als Ausgangspunkt flexible Lösungen im Bereich der freien Kommunikation zu entwickeln⁵¹.

In jüngerer Zeit hat der EGMR sich mit ungarischen Fällen zur Meinungsfreiheit im Internet befasst und dabei Erwägungen formuliert, welche sich verallgemeinern lassen. So hat der Gerichtshof einen Blog, den «Magyar Helsinki Bizottság», unter die Medienfreiheit gestellt⁵². Der Blog wird betrieben von einer Nichtregierungsorganisation, welche die Umsetzung internationaler Menschenrechtsstandards in Ungarn überwacht⁵³.

Die Behörden hatten sich im Jahr 2009 geweigert, dem Magyar Helsinki Bizottság die Namen und die Anzahl der Ernennungen von Pflichtverteidigern mitzuteilen. Die Nichtregierungsorganisation machte mangelnde Transparenz bei der Ernennung von Pflichtverteidigern geltend – die Behörden beriefen sich auf den Datenschutz.

Auch eine Nichtregierungsorganisation kann die Funktion eines *Watchdog*⁵⁴ haben – eine Verbindung zu einem «klassischen» Medium ist nicht erforderlich. Sie kann daher ein Recht auf Zugang zu Informationen geltend machen, welche aus nicht allgemein zugänglichen (staatlichen) Quellen stammen⁵⁵. Dies gilt ebenso für Blogger oder die Nutzer anderer Social Media: «(... T)he function of creating various platforms for public debate is not limited to the press but may also be exercised by, among others, non-governmental organisations, whose activities are an essential element of informed public debate. (...W)hen an NGO draws attention to matters of public interest, it is exercising a public watchdog role of similar importance to that of the press (...) and may be characterised as a social «watchdog» warranting similar protection under the Convention as that afforded to the press (...).

49 So setzt sich zum Beispiel der Physiker Dr. Derek Muller (*cogito-Preisträger 2016*) auf seinem YouTube Kanal «Veritasium» bewusst mit Falschem auseinander, um das Richtige zu beweisen. Besonders sehenswert ist sein Beitrag «Is Most Published Research Wrong?» zum Umgang mit «false positives».

50 Der im Zusammenhang mit der Nutzung von Social Media aufgekommene Anglizismus meint sinngemäss, eine bestehende Verknüpfung aufzulösen.

51 Vgl. Schiedermaier (Anm. 40), Art. 10 EMRK, Rz. 8.
52 EGMR Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary (GC), 18030/11 (2016).

53 Die Rolle des Beschwerdeführenden ist eines von vier Kriterien, welches der EGMR zur Beurteilung eines Rechts auf Zugang zu staatlichen Informationen prüft; vgl. insb. Jacobs/White/Ovey (Anm. 2), S. 506 sowie Flückiger/Junod (Anm. 44), Rz. 13 ff.

54 Vgl. zur Rolle der «Presse» als public watchdog Jacobs/White/Ovey (Anm. 2), S. 496 f. Üblicherweise spricht der EGMR von public watchdogs und meint damit die Presse, respektive die klassischen Medien. Im vorliegenden Fall spricht der Gerichtshof von einem social watchdog (wie offenbar erstmals in *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, 37374/05 [2009], § 36: «social watchdog, like the press»; dort aber im Zusammenhang mit einem Verein [Hungarian Civil Liberties Union]). Das Verhältnis zwischen social watchdog und public watchdog ist noch klärungsbedürftig. Jedenfalls scheint der EGMR unterscheiden zu wollen.

55 Zu den weiteren Voraussetzungen vgl. EGMR Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary (GC), 18030/11 (2016), §§ 157 ff. und dazu Jacobs/White/Ovey (Anm. 2), S. 506.

(...) Given that accurate information is a tool of their trade, it will often be necessary for persons and organisations exercising watchdog functions to gain access to information in order to perform their role of reporting on matters of public interest. Obstacles created in order to hinder access to information may result in those working in the media or related fields no longer being able to assume their «watchdog» role effectively, and their ability to provide accurate and reliable information may be adversely affected (...). (... A) high level of protection also extends to academic researchers (...) and authors of literature on matters of public concern (...). The Court would also note that given the important role played by the Internet in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information (...), the function of bloggers and popular users of the social media may be also assimilated to that of «public watchdogs» in so far as the protection afforded by Article 10 is concerned.»⁵⁶

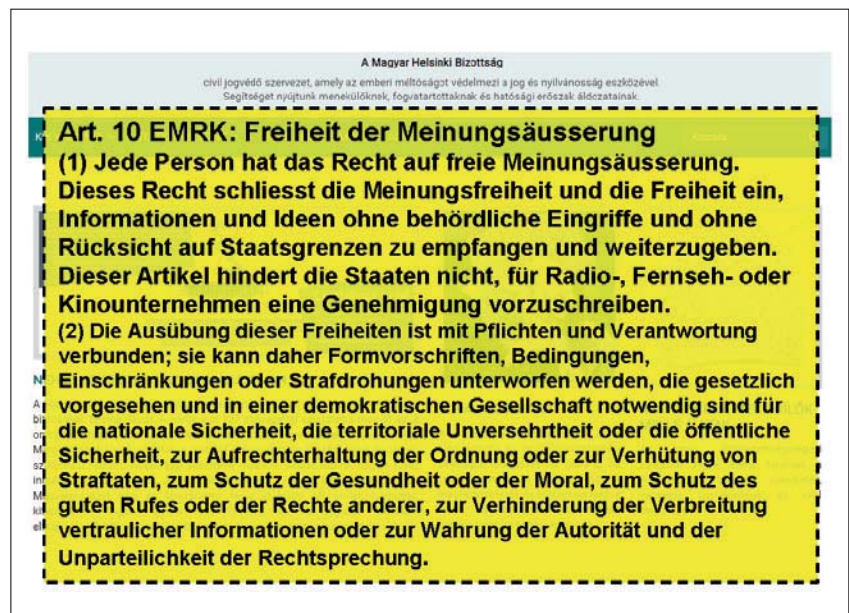


Abbildung: «Magyar Helsinki Bizottság» im Internet; im Vordergrund der Text von Art. 10 EMRK (Schöpfung des Autors).

In einem anderen Fall stand die rechtliche Verantwortlichkeit eines Online-Newsportals in Frage. Das Portal berichtete über einen Angriff von Hooligans auf eine Schule. Ein Link führte vom Portal zu einem Beitrag auf Youtube. Im dortigen Video beschuldigte ein Lehrer die Partei *Jobbik*, hinter dem Angriff zu stecken. Die ungarischen Gerichte verlangten vom Newsportal die Löschung des Links wegen unwahrer, respektive ehrverletzender Information.

Der EGMR hat den Link als «Hinweis» behandelt. Der Inhalt hinter einem Link ist wandelbar. Wer einen Link setzt, hat selber keine Kontrolle über den verlinkten Inhalt: «Because of the particular nature of the Internet, the «duties and responsibilities» of Internet news portals for the purposes of Article 10 may differ to some degree from those of a traditional publisher, as regards third-party content (...). (Information

⁵⁶ EGMR Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary (GC), 18030/11 (2016), §§ 166 ff.

society service providers) should not be held responsible for content emanating from third parties unless they failed to act expeditiously in removing or disabling access to it once they became aware of its illegality (...). The absence of a sufficient legal framework at the domestic level allowing journalists to use information obtained from the Internet without fear of incurring sanctions seriously hinders the exercise of the vital function of the press as a «public watchdog.»⁵⁷

Bestünde trotzdem eine Verantwortung für den fremden Inhalt, hätte dies eine abschreckende Wirkung (*Chilling Effect*). Eine Haftung für Links würde mittelbar den Zugang zu Informationen erschweren. Im Grunde würde eine Pflicht der Privaten zur ständigen Kontrolle fremder Inhalte geschaffen.

e) Entwicklungen in Europa

In Europa bestehen derzeit auf nationaler und supranationaler Ebene Bestrebungen, Regulierungen für die Anbieter respektive «Provider» von Social Media zu schaffen. Nachfolgend wird anhand der Beispiele Deutschland, Europäische Union und Frankreich kurz auf unterschiedliche Ansätze eingegangen.

aa) Beispiel Deutschland: Anknüpfung an die «Presse»

In Deutschland wurde diskutiert, Facebook einem *Presseverleger* gleichzustellen. Damit würden dem Social Media-Giganten Sorgfaltspflichten aufgestülpt und seinen Nutzen gleichsam wohl auch (Zugangs-)Rechte verliehen⁵⁸. Facebook selber lehnt eine redaktionelle Verantwortung für die auf der Plattform «geposteten» Beiträge ab – man sieht sich nicht als «Schiedsrichter der Wahrheit», will aber Falschmeldungen eindämmen⁵⁹.

Das jüngst gegen *Hate Speech* erlassene *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*⁶⁰ ist nicht auf Falschinformationen ausgerichtet, aber «zumindes durch entsprechende Befürchtungen bezüglich falscher und irreführender Informationen motiviert»⁶¹. Dem Gesetz unterstehen die großen Anbieter von Social Media (ab 2 Millionen registrierter Nutzer). Sie sind zur Entfernung oder Sperrung *offensichtlich rechtswidriger Inhalte* innert 24 Stunden und zur Entfernung oder Sperrung *rechtswidriger Inhalte* innerhalb von 7 Tagen verpflichtet (§ 2). Eine Handlungspflicht entsteht auf private Beschwerden hin⁶². In der Literatur wird bemängelt, dass das Gesetz einseitig auf die Löschung rechtswidriger Inhalte ausgerichtet sei; damit kann auch «rechtmässige Kommunikation» beeinträchtigt werden⁶³. Das «strukturelle(.) Ungleichgewicht zulasten der Meinungs- und Informationsfreiheit» wird von pointierten Stimmen als verfassungswidrig beurteilt⁶⁴.

bb) Beispiel Europäische Union: Regulierung zur Selbstregulierung

Die *Europäische Kommission* geht von der These aus, dass *Fake News* die Meinungsfreiheit bedrohen: «*Disinformation erodes trust in institutions and in digital and traditional media and harms our democracies by hampering the ability of citizens to take informed decisions. It can polarise debates, create or deepen tensions in society and undermine*

57 EGMR Magyar Jeti Zrt v. Hungary, 11257/16 (2018), §§ 63 ff.

58 Wissenschaftlicher Dienst des deutschen Bundestages, *Bericht Fake News* (2017), S. 17 (m.w.H.).

59 So ein Bericht auf *Zeit Online*, «Facebook will Falschmeldungen kennzeichnen», unter <https://www.zeit.de/digital/internet/2016-12/fake-news-facebook-massnahmen-details-news-feed/komplettansicht> (besucht am 25. Januar 2020).

60 Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352).

61 Cueni (Anm. 3), S. 4, Fn. 6 (m.H.).

62 Vgl. weiterführend der Beitrag vom 1. Oktober 2019 auf «deutschlandfunk.de» => Hintergrund => Warum gegen den Hass im Netz Gesetze allein nicht helfen (besucht am 25. Januar 2020). Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat mit einem ersten Entscheid 1 BvQ 42/19 vom 22. Mai 2019 zur Anwendung dieses Gesetzes den facebook-Account der Partei «Der III. Weg» vorläufig entsperren lassen.

63 So insb. Alexander Peukert, *Gewährleistung der Meinungs- und Informationsfreiheit in sozialen Netzwerken – Vorschlag für eine Ergänzung des NetzDG um sog. Put-back-Verfahren*, MMR 2018, S. 572 ff. Zum allgemein fehlenden «Gegenanspruch auf Wiederherstellung zu Unrecht gelöschter Inhalte» Michael Beurskens, «Hate-Speech» zwischen Lösungsrecht und Veröffentlichungspflicht, NJW 2018, S. 3418 ff. Zu den ersten Erfahrungen mit dem NetzDG vgl. Lena Isabell Löber/Alexander Rossnagel, *Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung*, MMR 2019, S. 71 ff., wonach die Auswertung «gegen ein häufiges und systematisches Over- und Underblocking» spreche (S. 75).

64 So etwa Georg Nolte, *Hate-Speech, Fake-News, das «Netzwerkdurchsetzungsgesetz» und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen*, ZUM 2017, S. 552 ff. (S. 557 ff.).

electoral systems, and have a wider impact on European security. It impairs freedom of opinion and expression, a fundamental right enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.»⁶⁵

Die Europäische Union (EU) ist darum bestrebt, die Verbreitung von *Fake News* einzuschränken⁶⁶. Mit einem «*Code of Practice on Disinformation*» soll die «Selbstregulierung» der Betreiber von Kommunikationsplattformen gestärkt werden⁶⁷.

Dieser Ansatz basiert darauf, dass die entsprechenden Anbieter von Plattformen gezielt gegen *Fake News* vorgehen sollen⁶⁸. In einem ersten Bericht vom Januar 2019 über die Aktivitäten von Facebook, Google, Twitter und Mozilla begrüsst die EU-Kommission zwar die getroffenen Massnahmen, ruft aber zu Verschärfungen auf: «(...) *the Commission expects that more systematic approach will be developed by all signatories to enable the proper monitoring and assessment of their compliance with their commitments under the Code, on the basis of appropriate performance metrics.*»⁶⁹

Eine «Selbstregulierung» entlastet zwar staatliche Behörden, weist aber die Verantwortung zur Festlegung dessen, was «richtig» und was «falsch» ist den Betreibern von – an sich offenen – Kommunikationsplattformen zu (ebenso im Grundsatz das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz; vgl. oben, aa). Solange die Verbreitung von Informationen über automatisierte Profile oder Accounts (also durch künstliche Intelligenz oder sogenannte «Bots») erfolgt, also auf eine bestimmte *manipulative Methode* zur Verbreitung zielt, sind Massnahmen im Rahmen einer «Selbstregulierung» zu begrüssen. Wenn die Betreiber von Social Media (-Plattformen) aber zu Richtern über die Wahrheit werden – die Wahrheit also nicht mehr «gesucht» werden darf – werden die «Marktplätze» des Meinungs-austausches übermässig eingeschränkt.

Es entspricht gerade nicht der Konzeption der Grundrechte freier Kommunikation, bloss noch genehme «Monokulturen» heranzuzüchten oder die Menschen in einem orwellschen Sinne zu «erziehen»⁷⁰.

65 So die Europäische Kommission unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/tackling-online-disinformation> (besucht am 25. Januar 2020).

66 Vgl. European Commission, *Tackling online disinformation: a European Approach* (26.4.2018), COM(2018) 236 sowie in der Folge European Commission, *Action Plan against Disinformation* (5.12.2018), JOIN(2018) 36.

67 Dazu die Europäische Kommission unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-against-disinformation> (besucht am 25. Januar 2020).

68 Zu Recht kritisch Cueni (Anm. 3), S. 16.

69 Europäische Kommission, *Code of practice on Disinformation, Summary of the signatories' first reporting – January 2019*, online unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/first-monthly-intermediate-results-eu-code-practice-against-disinformation> (besucht am 25. Januar 2020).

70 George Orwell, *Nineteen Eighty-Four – a Novel*, London 1949, passim.

71 LOI n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information; online auf <https://www.legifrance.gouv.fr> (besucht am 25. Januar 2020).

72 Vgl. weiterführend Cueni (Anm. 3), S. 13.

cc) Beispiel Frankreich: Schaffung von Transparenz und gerichtliche Bekämpfung von Fake News

Einen ziemlich restriktiven Ansatz verfolgt Frankreich mit dem Gesetz «*relative à la lutte contre la manipulation de l'information*»⁷¹. Mit dem Fokus auf die Transparenz vor Wahlen soll zu bestimmten Zeiten irreführende oder falsche Information bekämpft werden⁷²:

«Art. L. 163-1.-Pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'élections générales et jusqu'à la date du tour de scrutin où celles-ci sont acquises, les opérateurs de plateforme en ligne au sens (...) du code de la consommation dont l'activité dépasse un seuil déterminé de nombre de connexions sur le territoire français sont tenus, au regard de l'intérêt général attaché à l'information éclairée des citoyens en période électorale et à la sincérité du scrutin:

1° De fournir à l'utilisateur une information loyale, claire et transparente sur l'identité de la personne physique ou sur la raison sociale, le siège social et l'objet social de la personne morale et de celle pour le compte de laquelle, le cas échéant, elle a déclaré agir, qui verse à

la plateforme des rémunérations en contrepartie de la promotion de contenus d'information se rattachant à un débat d'intérêt général;

2° De fournir à l'utilisateur une information loyale, claire et transparente sur l'utilisation de ses données personnelles dans le cadre de la promotion d'un contenu d'information se rattachant à un débat d'intérêt général;

3° De rendre public le montant des rémunérations reçues en contrepartie de la promotion de tels contenus d'information lorsque leur montant est supérieur à un seuil déterminé.

Ces informations sont agrégées au sein d'un registre mis à la disposition du public par voie électronique, dans un format ouvert, et régulièrement mis à jour au cours de la période mentionnée au premier alinéa du présent article.»

Zudem sieht das Gesetz vor, in den erwähnten Zeiträumen auf dem Rechtsweg gegen *Fake News* vorzugehen:

«Art. L. 163-2.-I.-Pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'élections générales et jusqu'à la date du tour de scrutin où celles-ci sont acquises, lorsque des allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir sont diffusées de manière délibérée, artificielle ou automatisée et massive par le biais d'un service de communication au public en ligne, le juge des référés peut, à la demande du ministère public, de tout candidat, de tout parti ou groupement politique ou de toute personne ayant intérêt à agir, et sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire aux personnes physiques ou morales (...) toutes mesures proportionnées et nécessaires pour faire cesser cette diffusion.»

Fake News auf den traditionellen Verbreitungskanälen bleiben aber auch in Wahlkämpfen zulässig. Zu bedenken gilt m.E., dass eine «politische Wahrheit» oft nicht objektivierbar ist. Zudem gehört es zum «Kerngeschäft» von politischen Parteien, von Kandidat*innen sowie von Lobby-Organisationen, Wahlausgänge in ihrem Sinne zu beeinflussen. Zumindest bis anhin war es die Aufgabe einer kritischen Berichterstattung sowie der Konkurrenz, entsprechende Fehler zu identifizieren und daraus ihrerseits Kapital zu schlagen.

4. Schlussbetrachtungen

Die Verbreitung des Internets prägt den technologischen und gesellschaftlichen Fortschritt⁷³ massgeblich. Die Auswirkungen der Digitalisierung in ihrer ganzen Breite und Tiefe werden im historischen Kontext vielleicht einmal mit der Entwicklung des Buchdrucks in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts vergleichbar sein.

Die neuen Nutzungsarten des Internets, insbesondere durch Social Media, führen teilweise zu neuen rechtlichen Herausforderungen⁷⁴. Im vorliegenden Zusammenhang – *Fake News* oder *Free Speech* – steht indes eher eine Akzentuierung bestehender Fragestellungen im Fokus.

⁷³ Vgl. zum Zusammenhang zwischen Technik und Fortschritt Armin Grunwald, *Technikfolgenabschätzung – eine Einführung*, 2. Aufl., Berlin 2010, S. 20.

⁷⁴ Insbesondere durch die «Grenzenlosigkeit» des World Wide Web, die Verfügbarkeit von Daten und Meta-Daten und deren Auswertbarkeit sowie die Art der Verwendung von Inhalten. Zu «challenges raised by the Internet» vgl. insb. Maya Hertig Randall, *Freedom of Expression in the Internet*, SRIEL 2016, S. 235 ff. (S. 243 ff.).



Abbildung: Das Kind (nicht) mit dem Bade ausschütten (gefunden im «World Wide Web»).

Der Cyber-Raum ist nicht rechtsfrei. Einerseits gelten zivil- und strafrechtliche Normen auch dort. Andererseits ist das *#Neuland*⁷⁵ – und dies richtigerweise – auch Gegenstand gezielter staatlicher Regulierung⁷⁶. Die stark durch die Rechtsanwendung geprägte «Transformation» bestehender Regeln von der analogen in die digitale Welt sowie die auf dem Wege der Rechtsetzung erfolgende Schöpfung spezifischer neuer Regeln ist erst angelaufen⁷⁷. Es erstaunt nicht, dass in dieser Hinsicht wichtige Impulse von der Rechtsprechung des EGMR ausgehen; der Gerichtshof ist es sich gewohnt, in seinem Fallrecht grundsätzliche Fragen zu beantworten und Lösungen weiterzuentwickeln. Grundsätzlich gelten die in der analogen Welt gewährleisteten Freiheiten auch im digitalen Raum. Nach dem Konzept der Grundrechte freier Kommunikation ist ein offener *Marktplatz der Meinungen* gewollt.

a) Schranken für Einschränkungen

Pauschale Verbote bestimmter Kommunikationsplattformen sind mit den Grundrechten freier Kommunikation, wie sie auch die Schweizer Bundesverfassung gewährleistet, und mit der Rechtsprechung des EGMR zur Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK nicht vereinbar. Soweit aufgrund einer Zensurwirkung nicht bereits der unantastbare grundrechtliche Kerngehalt betroffen ist, spricht insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gegen drastische Massnahmen (*necessity in a democratic society*). Social Media passen gut zum Konzept der offenen, letztlich auf einer Selbstregulierung basierenden Grundrechte freier Kommunikation und vermögen es sogar zu stärken⁷⁸. Es werden sich eine *Meinungsäusserungsfreiheit 4.0*, eine *Medienfreiheit 4.0* und eine *Informationsfreiheit 4.0* entwickeln⁷⁹. Innerhalb des möglichen Regulierungsrahmens sollten Massnahmen primär darauf ausgerichtet sein, bestehende rechtliche Schranken⁸⁰ durchzusetzen. Der Steuerungsanspruch des Rechts sollte sich am Erfüllbaren und am Notwendigen orientieren⁸¹.

75 Die von der deutschen Bundeskanzlerin im Zusammenhang mit der NSA-Abhöraffaire geprägt Metapher aus dem Jahr 2013 hat in den Netz-Communities zu Belustigung geführt – hinter der entlarvenden Naivität verbirgt sich aber ein wahrer Kern.

76 Vgl. zur Techniksteuerung durch das Recht Müller/Zech (Anm. 4), S. 73 ff.

77 Die Herausforderung eines «legal lag» besteht hier wohl eher darin, die Nutzung «moderne(r) Technologien überhaupt ins Recht zu fassen sowie die in der Rechtsordnung verankerten Schutzgüter adäquat zur Geltung zu bringen» (Müller/Zech [Anm. 4], S. 87 f.).

78 Vgl. jüngst Michael Scharkow/Frank Mangold/Sebastian Stier/Johannes Breuer, *How social network sites and other online intermediaries increase exposure to news* (online www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1918279117, besucht am 25. Januar 2020).

79 Nach hier vertretener Ansicht bildete die «klassischen» Ausübungen dieser Freiheiten die Version 1.0, die Massenmedien die Version 2.0, die elektronischen Massenmedien (Radio und Fernsehen) die Version 3.0 und die neuen Social Media die Version 4.0.

80 Solche finden sich insbesondere im Straf- und im Zivilrecht.

81 Allgemein weiterführend Müller/Zech (Anm. 4), S. 82 und S. 87 f.

In der analogen Welt gab und gibt es ebenso *Fake News* wie im Cyber-Raum. Anders sind in der digitalen Welt die Verbreitungsmöglichkeiten in zeitlicher (sofort), mengenmässiger (grundsätzlich an «alle» innerhalb einer entsprechenden Community – und darüber hinaus) und finanzieller Hinsicht (Social Media sind grundsätzlich gratis). Eine freie Gesellschaft ist am besten in der Lage, mit der neuen Situation umzugehen⁸².

b) Einbezug indirekter Effekte

Innerhalb der grundrechtlichen Grenzen erschienen *gewisse* Einschränkungen durch staatliche Regulierung prima vista ohne Weiteres als denkbar. So fallen automatisierte Accounts grundsätzlich nicht unter den persönlichen Schutzbereich von Grundrechten. Sie liessen sich mit regulatorischen Massnahmen etwa einer Kennzeichnungspflicht unterstellen⁸³ oder sogar einschränken, sofern sie zu *Trollen* (juristisch: Störern)⁸⁴ oder *reinen Multiplikatoren* bestimmter Inhalte (und damit die öffentliche Meinung manipulierenden Katalysatoren) programmiert worden sind⁸⁵.

Aus grundrechtlicher Sicht unzulässig wäre es jedoch, die Schaffung von automatisierten Accounts auf Social Media *gänzlich* zu verbieten. Je nach Ausgestaltung können die dahinter liegenden Algorithmen, welche ihrerseits Ergebnisse *kreativer Prozesse* sein können, von den Grundrechten freier Kommunikation erfasst sein. Zu denken ist insbesondere an die Kunst- und die Wissenschaftsfreiheit.

Ein fiktives «digitales» Beispiel auf der Basis eines realen «analogen» Falls soll dies verdeutlichen: Nach dem Entscheid *Vereinigung Bildender Künstler gegen Österreich* des EGMR fällt eine Ausstellung des Bilds «Apokalypse» von Otto Mühl mit politisch-satirischem Hintergrund unter die Meinungs- respektive die Kunstfreiheit⁸⁶. Trotz des ziemlich gewagten, so sogar «anstössigen»⁸⁷ Inhalts des Bilds darf sie nicht verboten werden. Mit digitaler Bildbearbeitung liesse sich eine ähnliche Collage wohl auch mit anderen politisch umstrittenen Personen der Zeitgeschichte in bestimmten «Beziehungen» zueinander erstellen (vermutlich sogar automatisiert). Die so erstellten Werke liessen sich über automatisierte Accounts verbreiten. Die «Schockwirkung» wäre gewiss geeignet, einen öffentlichen Diskurs auszulösen (so, wie es das Bild von Otto Mühl getan hat). Eine Verbindung zwischen kreativem Schaffen und automatisierter Verbreitung stünde nach hier vertretener Ansicht unter dem Schutz der Kunstfreiheit. Die Grundrechtsträgerschaft der Künstlerin oder des Künstlers bliebe mit dem Werk verknüpft. Die Automatisierung und die Arbeit von *Bots* wären integraler Teil des Gesamtwerks (welches mit ätzender Kritik nach mühschem Vorbild viele Menschen stören würde – ein realer politisch-satirischer Hintergrund würde es aber von «Schund» unterscheiden).

c) Schaffung von Transparenz

Eine Regulierung kann auch mittelbar erfolgen, indem sie die jeweiligen Anbieter einbezieht und deren Verhalten beeinflusst. Dort, wo die Eigeninteressen der Anbieter digitaler Plattformen betroffen sind,

82 Vgl. etwa Andrew Guess/Jonathan Nagler/ Joshua Tucker, *Less than you think: Prevalence and predictors of fake news dissemination on Facebook*, *Science Advances*, 09. Januar 2019, Vol. 5, no. 1, passim. Sowie etwa in der NZZ vom 12. Januar 2019, S. 9 «Viele Halbwahrheiten über Fake-News» und vom 23. April 2019, S. 27 «Die Lüge darf gerne über ihre kurzen Beine stolpern».

83 So der Vorschlag von Lena Isabell Löber/Alexander Rosnagel, *Kennzeichnung von Social Bots – Transparenzpflichten zum Schutz integrier Kommunikation*, MMR 2019, S. 493 ff.

84 Zum Trolling vgl. den Bericht des Bundesrats, *Rechtliche Basis für Social Media: Erneute Standortbestimmung Nachfolgebericht des Bundesrates zum Postulatsbericht Amherd 11.3912 «Rechtliche Basis für Social Media»*, 10. Mai 2017, S. 10.

85 Ähnlich Löber/Rosnagel (Anm. 83), S. 496.

86 EGMR Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, 68354/01 (2007), §§ 26 ff.

87 EGMR Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, 68354/01 (2007), § 8: «The painting (...) showed a collage of various public figures, such as Mother Teresa, the Austrian cardinal Hermann Groer and the former head of the Austrian Freedom Party (FPÖ) Mr Jörg Haider, in sexual positions. While the naked bodies of these figures were painted, the heads and faces were depicted using blown-up photos taken from newspapers. The eyes of some of the persons portrayed were hidden under black bars. (...) Mr Meischberger was shown gripping the ejaculating penis of Mr Haider while at the same time being touched by two other FPÖ politicians and ejaculating on Mother Teresa.»

herrschen bereits heute oft klare «Spielregeln» (Allgemeine Geschäftsbedingungen).

So verlangen zum Beispiel die elektronischen Shopping-Plattformen das Hinterlegen einer Kreditkartenverbindung. Manche von ihnen fordern zudem, dass eine – real existierende – Adresse der Nutzerin oder des Nutzers bekannt gegeben wird; zum Abschluss der Kontoeröffnung ist der Erhalt eines physisch zugestellten Schreibens notwendig. Andere Internetdienstleister verlangen etwa das Einreichen einer Stromrechnung, um zumindest über ein Indiz für die Richtigkeit der Identität und Adresse einer Person zu verfügen.

Solche «Spielregeln» können auch auf die Betreiber von Social Media angewendet werden. Auch wer Dritten gegenüber unter einem Pseudonym auftritt, sollte zumindest dem Betreiber einer Plattform im Internet als reale Person bekannt sein. Nach aussen bleibt die Identität der Person geschützt.

Auch mit staatlicher Regulierung kann m.E. durchgesetzt werden, dass die Anbieter von Social Media u.Dgl. die wahre Identität ihrer Kundenschaft (*Users*) kennen. Hingegen soll und darf die Verwendung von Tarn- oder Phantasiebezeichnungen gegenüber der Öffentlichkeit nicht verboten werden. Aus regulatorischer Sicht gilt es, auf der Gratwanderung zwischen der Verhinderung einer «Enthemmung» in der Anonymität des *World Wide Web* auf der einen und einem *Chilling Effect* auf der anderen Seite die Balance zu wahren.

d) Erhalt von Offenheit und Vielfalt

An der Gewährleistung der Offenheit und inhaltlichen Vielfalt von Social Media besteht ein öffentliches Interesse. Daher sollten Regulierungen im Sinne einer Förderung von Austausch, eines Zulassens von Widerspruch, einer Ermöglichung des Diskurses erfolgen.

Soweit Kommunikation nach ihrem Zweck offen stattfindet, darf es keine Filter geben⁸⁸. Insofern gehört die «Informationsflut» zum Internet, wie auch ein Buch in aller Regel aus mehr als einer einzigen Seite besteht. Entsprechend darf ein Ausschluss von Andersdenkenden in Social Media nur unter willkürfreien Bedingungen zulässig sein.

Sofern die Betreiber von Social Media die Nutzung ihrer Plattformen inhaltlich beeinflussen, sollten sie darlegen (müssen), nach welchen Kriterien ihre Algorithmen bei der «Sortierung» von Daten und «Aufschaltung» von Beiträgen im Grundsatz arbeiten.

e) Selbstregulierung von «Medienschaffenden» im Netz

Zur Klärung des Status von «Medienschaffenden»⁸⁹ in den Social Media wären entsprechende Berufsstandards hilfreich (in der Schweiz etwa analog der «Pflichten der Journalistinnen und Journalisten» des schweizerischen Presserats). Ein Bekenntnis zu «Standesregeln» sollte ein Bekenntnis zur Wahrheitssuche, zur Unabhängigkeit, zum sorgfältigen Umgang mit Quellen sowie zur Informations- und Kommentarfreiheit (mit einer Abgrenzung zwischen Information und Kommentar) beinhalten.

⁸⁸ Kritisch zu Filtern im World Wide Web bereits Cass R. Sunstein, *Republic.com*, Princeton 2001, passim.

⁸⁹ Zur Problematik vgl. Arnold H. Loewy, *Does The Internet Require Rethinking First Amendment Theory?*, in: Clive Walker/Russell L. Weaver (Hrsg.), *Free Speech in an Internet Era*, Durham North Carolina 2013, S. 47 ff.

Damit würde sich die Medienfreiheit 4.0 in der digitalen Welt besser von der Meinungsäußerungsfreiheit 4.0 unterscheiden lassen. Dem Verschwinden der klassischen Abgrenzung zwischen herkömmlichen Massenmedien und Social Media⁹⁰ könnte vorgebeugt werden. Die bestehenden gesellschaftlichen «Kräfte ausserhalb des Journalismus, welche ähnliche Funktionen wie die herkömmlichen Massenmedien erfüllen»⁹¹, können damit einen angemessenen Platz erhalten (den sie vielleicht bisher noch nicht gehabt haben).

90 Nachfolgebericht Social Media (Anm. 84), S. 2.

91 Zeller/Kiener (Anm. 26), Art. 17, Rz. 17.