

Prof. Dr. A. Kölz

## Lösungsskizze

### Klausur im Öffentlichen Recht II vom 14. September 2001

**Fragen:**

1. *Die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung will sich gegen die Nichtzulassung des Werbespots wehren.*
  - a) *Klären Sie die rechtliche Qualität des oben zitierten Schreibens ab.*

Zu prüfen ist, ob das Schreiben der SRG an die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung als Verfügung zu qualifizieren und ob gegebenenfalls die Verfügung richtig eröffnet worden ist. Erwartet werden daher Ausführungen zu Inhalt und Form der Verfügung.

#### Verfügung

Eine Definition des vorliegend interessierenden **bundesrechtlichen Verfügungsbegriffs** findet sich in **Art. 5 VwVG**. Demgemäss besteht eine Verfügung, wenn folgende 5 Merkmale vorliegen (vgl. dazu ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, S. 176 ff.):

- 1) **hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde**
- 2) **individuell-konkrete Anordnung**
- 3) **Anwendung von Verwaltungsrecht**
- 4) **auf Rechtswirkungen ausgerichtete Anordnung**
- 5) **Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit**

#### 1. hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde

Das Element der Einseitigkeit äussert sich darin, dass der **Verwaltungsträger das Rechtsverhältnis regeln kann, ohne auf das Einverständnis des Privaten in der Sache (inhaltlich) angewiesen zu sein**. Die Verfügung ist auch ohne Zustimmung des Betroffenen rechtswirksam.

*Indem die SRG das Rechtsverhältnis von sich aus regelt und den Inhalt bestimmt, ist die Einseitigkeit gegeben. Dass die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung um ‚etwas Schriftliches‘ ersucht hat, ändert nichts an der Einseitigkeit des zu regelnden Rechtsverhältnisses.*

Behörde ist jeder **Verwaltungsträger, der mit der Erfüllung von Staatsaufgaben betraut** ist. Die Behörden werden in **Art. 1 VwVG** genannt. Der hoheitliche Charakter ergibt sich aus der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Bundes, wodurch eine Rechtsbeziehung zum Staat festgelegt wird.

*Die SRG als Verein des Privatrechts steht ausserhalb der Bundesverwaltung. Sie gilt nur dann als Behörde im Sinne des VwVG, wenn sie in Erfüllung der ihr übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben tätig wird (Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG). Gemäss Art. 26 RTVG erhält die SRG eine Konzession für die Veranstaltung nationaler und sprachregionaler Programme. Dabei hat sie die Eigenheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone zu berücksichtigen. Sie soll insbesondere zur kulturellen Entfaltung und freien Meinungsbildung beitragen. Das Gesamtangebot an Programmen darf nicht einseitig bestimmten Parteien, Interessen oder Weltanschauungen dienen (Art. 93 Abs. 2 BV, Art. 3 ff. und 26 ff. RTVG). Da*

die SRG somit u.a. verpflichtet ist, zur freien Meinungsbildung beizutragen und es beim Werbespot um eine (politische) **Meinungsäußerung** geht, handelt sie **vorliegend in Erfüllung der ihr übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Bundes**. Daher ist sie gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG als eine „andere Instanz oder Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung“ zu qualifizieren. Eine Anordnung einer Behörde liegt somit vor.

*Exkurs:* Die Werbung ist vom übrigen Programm zu trennen (Art. 18 Abs. 1 RTVG). Sodann trägt die Werbung in der Regel nicht zur kulturellen Entfaltung und freien Meinungsbildung bei, weshalb deren Ausstrahlung grundsätzlich nicht als öffentlich-rechtliche Aufgabe des Bundes betrachtet werden kann. Im Werbebereich handelt die SRG daher prinzipiell nicht im Rahmen einer ihr übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgabe, sondern privatrechtlich (vgl. BGE 123 II 411 f). Politische Werbung trägt aber zweifellos zur Meinungsbildung bei. Vorliegend hat die SRG selbst befunden, beim Werbespot handle es sich um politische Werbung, womit sie anerkannt hat, dass es in der Sache um eine (politische) Meinungsäußerung geht. Und wie andernorts bereits erwähnt, hat die SRG durch ein ausgewogenes Programm zur freien Meinungsäußerung beizutragen, und das Programm darf nicht einseitig bestimmten Interessen dienen (Art. 3 Abs. 2 und 26 Abs. 2 lit. b RTVG). Daher hat die SRG vorliegend trotz Handeln im ‚Werbebereich‘ in Erfüllung der ihr übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes gehandelt. Umstritten ist in der Folge, ob ein Verbot politischer Werbung überhaupt rechtmässig ist (vgl. zum Ganzen BGE 123 II 413; BGE 119 Ib 241; Entscheid EGMR vom 28. Juni 2001 [Application No. 24699/94] sowie zur ambivalenten Stellung des Staates insb. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 273).

---

**Auch bei Verneinung des Vorliegens einer hoheitlichen, einseitigen Anordnung einer Behörde und damit einer Verfügung wurde die Maximalnote 6 erreicht. Voraussetzung dafür war, dass eine Auseinandersetzung mit der Thematik stattgefunden hat und überzeugend argumentiert worden ist.**

---

## 2. individuell-konkrete Anordnung

Die Verfügung regelt **Rechte und Pflichten im Einzelfall**, sie ist ‚**individuell-konkret**‘:

- individuell: Die Verfügung betrifft **einzeln bestimmte Adressaten** (eine einzige Person oder eine bestimmte Anzahl Personen);
- konkret: Die Verfügung regelt einen **bestimmten, zeitlich und räumlich abgrenzbaren Lebenssachverhalt**.

Vorliegend ist die **Partei für ethisch korrekte Tierhaltung Adressatin des Schreibens**, womit der Adressat individuell bestimmt ist. Indem ferner **im Schreiben auf die Anfrage der Partei für ethisch korrekte Tierhaltung zur Ausstrahlung eines Werbespots Stellung genommen wird**, erfolgt auch eine Regelung eines ganz konkreten Sachverhalts. Ein individuell-konkreter Akt liegt somit ebenfalls vor.

## 3. Anwendung von Verwaltungsrecht

Eine Anwendung von Verwaltungsrecht (des Bundes) liegt vor, wenn die Verfügung **Verwaltungsrechtssätze des Bundes direkt zur Anwendung** bringt. Entscheidend sind der öffentlich-rechtliche Charakter der Norm sowie die Tatsache, dass die Norm als Verfügungsgrundlage dient.

Die SRG stützt sich bei ihrer Entscheidung auf das **RTVG** ab, also auf öffentliches Recht des Bundes und wendet somit Verwaltungsrecht an.

## 4. auf Rechtswirkungen ausgerichtete Anordnung

Die Verfügung ist **auf Rechtswirkungen ausgerichtet**. Sie muss Rechte und Pflichten verwaltungsrechtlicher Natur von Privaten zum Gegenstand haben (Rechtsanwendung). Anordnungen von Behörde können zum Gegenstand haben (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a – c VwVG):

- Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten (positive Verfügung, Art. 5 Abs. 1 lit. a VwVG);

- Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten oder Pflichten (Feststellungsverfügung, Art. 5 Abs. 1 lit. b VwVG);
- Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten oder Nichteintreten auf solche Begehren (negative Verfügung, Art. 5 Abs. 1 lit. c VwVG).

Vorab ist zu prüfen, ob lediglich eine einfache behördliche Meinungsäusserung vorliegt oder ob ein Rechtsverhältnis geregelt wird.

*Vorliegend verweigert die SRG der Partei für ethisch korrekte Tierhaltung die Ausstrahlung des Werbespots. Damit wirkt sie auf die Rechtsstellung der Partei ein, da es dieser nicht ermöglicht wird, ihre Botschaft im Fernsehen zu platzieren. Beim Schreiben der SRG handelt es sich somit nicht nur um eine einfache behördliche Meinungsäusserung, sondern um einen **auf Rechtswirkungen zielenden Akt** (vgl. zur Abgrenzung Verfügung – Realakt: ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, S. 180; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/REGINA KIENER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000, S. 162 f., 260 ff.).*

Genauer zu prüfen ist weiter, **welcher Fall von Art. 5 Abs. 1 VwVG vorliegt** (positive, negative oder Feststellungsverfügung).

*Die SRG teilt der Partei für ethisch korrekte Tierhaltung mit, es würde sich beim Werbespot um politische Werbung handeln, weshalb dieser nicht ausgestrahlt werde. Da keine Rechte oder Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben werden, handelt es sich **nicht um eine positive Verfügung**.*

Genauer abzuklären ist daher nur noch, ob das Schreiben der SRG eine negative oder eine Feststellungsverfügung darstellt.

#### Abgrenzung negative Verfügung – Feststellungsverfügung:

Die feststellende Verfügung dient lediglich der Klärung der Rechtslage, indem das Bestehen, das Nichtbestehen oder der Umfang von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten verbindlich festgestellt wird. Im Bund besteht ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist die Feststellungsverfügung subsidiär zu anderen Verfügungsformen. Wo eine Rechtsfrage ebensogut durch positive oder negative Verfügung geklärt werden kann, fehlt das schutzwürdige Feststellungsinteresse und die Behörde tritt auf ein Feststellungsbegehren nicht ein (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, S. 183 f.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, S. 76; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/REGINA KIENER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000, S. 171 ff.).

*Im vorliegenden Fall erfolgt nicht nur die Auskunft, politische Werbung sei unzulässig, sondern es wird auch **konkret entschieden**, der Werbespot der Partei für ethisch korrekte Tierhaltung werde **nicht ausgestrahlt**. Es geht somit nicht in erster Linie um die Klärung einer Grundsatzfrage, sondern es wird in einem konkreten Fall ein Entscheid gefällt. Dieser Umstand spricht gegen das Vorliegen einer Feststellungsverfügung. Zudem ist die Feststellungsverfügung zu anderen Verfügungsformen subsidiär. Die Weigerung der SRG, den Werbespot auszustrahlen, stellt nichts anderes dar als die **Abweisung** des Begehrens auf Ausstrahlung des Spots. Das abweisende Schreiben der SRG ist daher als **negative Verfügung** im Sinne von **Art. 5 Abs. 1 lit. c VwVG** zu qualifizieren.*

## 5. Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit

Verbindlichkeit/Erzwingbarkeit bedeutet, dass

- die Verfügung **zweiseitig Rechtswirksamkeit** begründet. Die Behörde und der Betroffene sind gleichermassen an den Verfügungsinhalt gebunden;
- die Verfügung **zwangsweise vollstreckt** werden kann. Eine weitere Konkretisierung ist nicht nötig (vgl. Art. 39 VwVG).

*Das Schreiben der SRG bewirkt, dass **nicht nur die SRG, sondern auch die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung an den Inhalt des Schreibens gebunden sind.** Somit ist die **Verbindlichkeit/Erzwingbarkeit** gegeben*

*Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Schreiben der SRG an die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung, bzw. ihren Anwalt, eine **Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG** darstellt (genauer: eine negative Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c VwVG).*

### Eröffnung der Verfügung

Behörden haben Verfügungen schriftlich zu **eröffnen** (Art. 34 VwVG; vgl. dazu auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, S. 332 ff.). Die Verfügung muss sodann folgende Elemente enthalten (Art. 35 VwVG):

- **Bezeichnung als Verfügung**: dies gilt auch und gerade, wenn die Verfügung in Briefform ergeht;
- Bezeichnung der verfügenden Behörde: als verfügende Behörde gilt der Verwaltungsträger, von dem die Verfügung ausgeht;
- Bezeichnung des Adressaten: Nennung des Adressaten, mit dem das Rechtsverhältnis geregelt wird;
- **Begründung**: die Begründung umfasst die Darstellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die rechtlichen Erwägungen;
- Verfügungsformel (Dispositiv): dazu gehört die Umschreibung oder Feststellung der Rechte und Pflichten des Adressaten (allenfalls auch Nichteintretensentscheid), gegebenenfalls die Regelung der Kosten sowie die Nennung der Parteien, denen die Verfügung zu eröffnen ist (Eröffnungsformel);
- Ort, Datum und Unterschrift;
- **Rechtsmittelbelehrung**: Nennung des ordentlichen Rechtsmittels, der Rechtsmittelinstantz und der Rechtsmittelfrist (vgl. Art. 35 Abs. 2 VwVG).

Es ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob das Schreiben der SRG an die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung, bzw. an ihren Anwalt, die formellen Anforderungen an eine Verfügung erfüllt.

*Gemäss Sachverhalt werden der Adressat (die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung bzw. ihr Anwalt) und die verfügende Behörde, d.h. der Absender (SRG), genannt. Ebenso bestehen Angaben zu Ort und Datum, und das Schreiben ist auch unterschrieben. Eine Begründung liegt ebenfalls vor. Ferner besteht zwar keine ausdrückliche Verfügungsform, das Schreiben enthält aber bei der Begründung eine Umschreibung der Rechte und Pflichten des Adressaten, was ausreicht.*

*Indessen wurde das Schreiben **nicht als Verfügung bezeichnet**, und es enthält auch **keine Rechtsmittelbelehrung**.*

Zu prüfen ist daher in einem zweiten Schritt, welche Auswirkungen die beiden **Formmängel** haben. Eine **mit Formmängeln behaftete Verfügung bleibt Verfügung**, soweit die Merkmale von Art. 5 VwVG vorliegen. Gemäss **Art. 38 VwVG darf den Parteien** aber aus mangelhafter Eröffnung **kein Nachteil erwachsen** (vgl. auch Parallelbestimmung im OG: Art. 107 Abs. 3 OG).

Dies bedeutet *grundsätzlich*:

- Nicht oder nur mangelhaft eröffnete Verfügungen können für den Adressaten keine materiellen Rechtswirkungen entfalten;
- Nicht oder nur mangelhaft eröffnete Verfügungen lösen keine Rechtsmittelfristen aus.

Die Folgen einer mangelhaften Eröffnung sind aber differenziert nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen. Gegeneinander abzuwägen sind Rechtsschutzinteressen einerseits und die Rechtssicherheit andererseits. Richtschnur bei dieser Interessenabwägung ist der Grundsatz von **Treu und Glauben**, der auch die Privaten bindet (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, S. 130 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3. Auflage, Zürich 1998, S. 334; BGE 122 V 194 f.).

Exkurs: Infolge des Grundsatzes von **Treu und Glauben** kann sich beispielsweise auf eine falsche oder fehlende Rechtsmittelbelehrung nicht berufen, wer den Mangel bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkennen müssen. Rechtskundige sollten sich im Rahmen des Zumutbaren bei der Behörde über allfällige Rekursmöglichkeiten erkundigen und dann ohne Verzug handeln. Von Rechtskundigen wird erwartet, dass sie das richtige Rechtsmittel selber herausfinden (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/REGINA KIENER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Bern 2000, S. 182). So verhindert denn auch nicht jede mangelhafte Eröffnung den Fristenlauf für die Rechtsmittel. Erreicht eine objektiv mangelhafte Eröffnung trotz ihres Mangels ihren Zweck, d.h. ist die betroffene Partei effektiv gar nicht benachteiligt worden, zieht die Fehlerhaftigkeit keine Rechtsfolgen nach sich (MAX IMBODEN/RENÉ RHINOW, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Band I, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Basel 1976, S. 530).

*Die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung ist durch einen Anwalt vertreten. Diesem ist zuzumuten, dass er realisiert, dass eine Verfügung, also ein Anfechtungsobjekt vorliegt und dass er auch das Rechtsmittel, die Rechtsmittelinanz und die Rechtsmittelfrist herausfindet, zumal dies mit einer simplen Konsultierung der massgebenden Gesetze (OG, VwVG, RTVG, RTVV) ohne weiters machbar ist. Dank anwaltlicher Vertretung ist die **Partei für ethisch korrekte Tierhaltung effektiv gar nicht benachteiligt**, weshalb die mangelhaft eröffnete **Verfügung trotz ihres Mangels ihren Zweck erreicht**. Aus diesem Grund zieht die mangelhafte Eröffnung der Verfügung im vorliegenden Fall **keine Rechtsfolgen** nach sich.*

Ergebnis: Das Schreiben der SRG stellt eine **negative Verfügung** dar (Art. 5 Abs. 1 lit. c VwVG), welche **mangelhaft eröffnet** worden ist (vgl. Art. 34 ff. VwVG). **Vorliegend** ist der Partei für ethisch korrekte Tierhaltung durch den Eröffnungsmangel aber **kein Nachteil erwachsen** (vgl. Art. 38 VwVG).

Hinweis: Der Anwalt hat die Möglichkeit, bei der SRG eine anfechtbare **Verfügung zu verlangen**.

**b) Klären Sie ab, welche Rechtsmittel die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung ergreifen kann.**

Es wird erwartet, dass der ganze Instanzenzug aufgeführt wird.

1. Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der SRG.

Die SRG ist eine Behörde im Sinne von **Art. 1 VwVG** (vgl. die obigen Ausführungen). Die Verfügung der SRG unterliegt daher gemäss **Art. 44 VwVG** der Beschwerde (Verwaltungsbeschwerde). Die zuständige Beschwerdeinstanz ergibt sich aus **Art. 47 VwVG**. Fraglich ist insbesondere, ob das Bundesrecht eine besondere Beschwerdeinstanz bezeichnet (vgl. Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG) oder ob die Aufsichtsbehörde (welche?) zuständig ist (vgl. Art. 47 Abs. 1 lit. c VwVG). Zuerst ist daher die Spezialgesetzgebung, d.h. die Radio- und Fernsehgesetzgebung (RTVG, RTVV), zu konsultieren (vgl. zu Radio und Fernsehen: TOBIAS JAAG/GEORG MÜLLER/PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, *Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts*, 4. überarbeitete Auflage, Basel/Genf/München 2001, S. 105 ff.).

Das RTVG äussert sich in den Artikeln 26 ff. zur SRG, ohne aber dort die zuständige Beschwerdeinstanz aufzuführen. Indessen finden sich unter dem 6. Titel klärende Hinweise. **Artikel 56 RTVG** bestimmt unter anderem, dass die „zuständige Behörde“ darüber wacht, dass die Konzessionäre das RTVG einhalten. Da gemäss **Art. 26 RTVG** die SRG eine Konzession hat und es in materieller Hinsicht fraglich ist, wie es sich mit dem Verbot politischer Werbung verhält, es also um die Anwendung des RTVG geht (**Art. 18 Abs. 5 RTVG**), hat die Beschwerde an die „zuständige Behörde“ im Sinne von **Art. 56 RTVG** zu erfolgen.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang insbesondere darauf, dass **keine Beschwerde an die UBI** erfolgen kann, da diese nur für Beschwerden gegen *ausgestrahlte* Radio- und Fernsehsendungen zuständig ist (Art. 58 Abs. 2 RTVG). Der Werbespot ist aber gerade nicht ausgestrahlt worden. Es geht daher nicht um die sogenannte ‚Programmaufsicht‘, für welche die UBI zuständig wäre (vgl. Art. 57 ff. RTVG), sondern um die sogenannte ‚allgemeine Aufsicht‘ (Art. 56 RTVG).

Welche Behörde die „zuständige Behörde“ im Sinne von Art. 56 RTVG ist, wird vom RTVG selbst nicht beantwortet. Deshalb ist die RTVV beizuziehen. Unter dem 5. Titel ‚Aufsicht‘, genauer ‚Allgemeine Aufsicht‘ (**Art. 51 ff. RTVV**; wiederum nicht Programmaufsicht [nicht Art. 53 ff. RTVV]), bestimmt die Verordnung, dass das „**Bundesamt**“ die Aufsicht nach Art. 56 Abs. 1 RTVG ausübt.

Bei diesem Bundesamt handelt es sich – wie Art. 1 Abs. 3 RTVV vermuten lässt – um das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM; die Herleitung des zuständigen Bundesamtes ergibt sich im Detail aus der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzgebung [RVOG (SR 172.010), RVOV (SR 172.010.1) und OV-UVEK (SR 172.217.1)]).

Die Konsultierung der Spezialgesetzgebung hat somit zweierlei ergeben:

- Erstens hat das Bundesrecht keine „andere Instanz“ als Beschwerdeinstanz bezeichnet, weshalb kein Fall von Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG vorliegt;
- Zweitens ist vorliegend das Bundesamt (Art. 51 Abs. 1 RTVV), genauer das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM; Art. 51 Abs. 1 RTVV i.V. mit RVOG, RVOV, OV-UVEK; vgl. auch Art. 1 Abs. 3 RTVV), die Aufsichtsbehörde. Und gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. c VwVG ist die Aufsichtsbehörde diesfalls zugleich auch die zuständige Beschwerdeinstanz (vgl. zum Instanzenzug auch TOBIAS JAAG/GEORG MÜLLER/PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, *Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts*, 4. überarbeitete Auflage, Basel/Genf/München 2001, S. 108).

Nur am Rande sei erwähnt, dass keine Verwaltungsgerichtsbeschwerde direkt ans Bundesgericht erfolgen kann, da die Spezialgesetzgebung dies nicht vorsieht (es liegt kein Fall von Art. 98 lit. h OG vor).

### Verweis auf weitere Prozessvoraussetzungen (allgemein)

(vgl. dazu ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, S. 150 f., 188 ff.)

- **Partei- und Prozessfähigkeit (Legitimation im weiteren Sinn):** Parteifähig ist, wer in einem Verfahren als Partei auftreten kann. Den zivilrechtlichen Grundsätzen entsprechend ist parteifähig, wer rechtsfähig ist. Parteifähigkeit ist damit gleichbedeutend mit prozessualer Rechtsfähigkeit. Prozessfähigkeit bedeutet die Fähigkeit, ein Verfahren selber zu führen oder durch eine gewählte Vertretung führen zu lassen. Die Prozessfähigkeit entspricht der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit. Prozessfähig ist, wer handlungs- und damit auch urteilsfähig ist.

*Die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung ist ein **Verein** und geniesst somit als juristische Person volle **Parteifähigkeit**. Die **Prozessführung** erfolgt durch das gemäss Statuten festgelegte zuständige **Organ** (bzw. vorliegend durch den von diesem Organ beigezogenen Anwalt).*

- **Beschwerdelegitimation (Legitimation im engeren Sinn):** Die Beschwerdelegitimation ist gleichbedeutend mit der Berechtigung zur Ergreifung eines Rechtsmittels. Die Legitimation ist für die Verwaltungsbeschwerde in **Artikel 48 VwVG** und für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in **Artikel 103 OG** geregelt. Zur Beschwerdeführung ist u.a. legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist oder ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat (Art. 48 lit. a VwVG; Art. 103 lit. a OG).

*Die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung ist **Adressatin** der Verfügung und daher zweifellos berührt.*

(Auszuschliessen ist die ideelle Verbandsbeschwerde, weil keine gesetzliche Grundlage dafür besteht. Ebensovienig ist die egoistische Verbandsbeschwerde zu prüfen, weil vorliegend die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung selber Adressatin der Verfügung ist.)

- **Beschwerdegründe:** Die Beschwerdegründe, also diejenigen Rügen, die die Parteien im Beschwerdeverfahren vorbringen können, ergeben sich aus den **Artikeln 49 VwVG** bzw. **104 OG**. Bei der Verwaltungsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG), bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde grundsätzlich nur die Verletzung von Bundesrecht und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts (Art. 104 OG).

*Vorliegend ist zu rügen, das **Bundesrecht sei verletzt** (Verletzung der Meinungs- und Informationsfreiheit, Art. 16 BV).*

- **Beschwerdefrist:** Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage (Art. 50 VwVG, Art. 106 f. OG).
- **Beschwerdeschrift:** Sie ist im Doppel einzureichen, mit Begehren, Begründung, Angabe der Beweismittel und Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters (vgl. Art. 51 VwVG bzw. 108 OG).

Ergebnis: Gegen die Verfügung der SRG ist die **Verwaltungsbeschwerde an „das Bundesamt“ für Kommunikation (BAKOM) möglich.**

## WEITERZUG

### 2. Anfechtungsobjekt ist der **Entscheid des BAKOM.**

Der Entscheid des BAKOM unterliegt der Beschwerde. Da die Spezialgesetzgebung keine besonderen Vorschriften kennt, richtet sich das Beschwerdeverfahren nach den allgemeinen Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege.

Im Sinne einer Generalklausel erklärt **Art. 97 OG** das Bundesgericht zur Behandlung von Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG als letztinstanzlich zuständige Behörde. Damit sich aber das Bundesgericht im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit einer Streitsache befassen kann, müssen entsprechend Art. 97 ff. OG die folgenden vier Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, S. 298 ff.; ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, *Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts*, Bern 1997, S. 68 ff.):

- 1) Vorliegen einer **Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG** (Art. 97 OG);
- 2) Entscheid einer **Vorinstanz nach Art. 98 OG**;
- 3) **Keine Subsidiarität gemäss Art. 102 OG**;
- 4) **Keine sachliche Ausnahme gemäss Art. 99 ff. OG.**

### Prüfung:

1. Vorliegen einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG

*Der Entscheid des BAKOM ist eine **Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG** (auch ein Entscheid ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG [vgl. Art. 5 Abs. 2 VwVG]).*

2. Entscheid einer Vorinstanz nach Art. 98 OG

Gegen Entscheide der den Departementen unterstellten Dienstabteilungen, Anstalten oder Betriebe der Bundesverwaltung, die als Beschwerdeinstanzen entscheiden, ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig, soweit nicht zunächst die Beschwerde an eine eidgenössische Rekurskommission zulässig ist (Art. 98 lit. c OG).

Es ist keine Beschwerde an die Rekurskommission UVEK möglich, da die Spezialgesetzgebung diese Instanz nicht vorsieht (vgl. Art. 47a lit. b, 47 Abs. 1 lit. b VwVG i.V. mit Art. 71a VwVG).

*Bundesämter gelten als „Dienstabteilungen“ und somit als oberste Verwaltungsbehörden im Sinne von Artikel 98 lit. c OG (vgl. dazu auch THOMAS GEISER/PETER MÜNCH, *Prozessieren vor Bundesgericht*, in: *Handbücher für die Anwaltspraxis*, Basel und Frankfurt am Main 1996, S. 87). Aus diesem Grund stellt der Entscheid des **Bundesamtes** (des BAKOM) einen **Entscheid einer Vorinstanz nach Artikel 98 lit. c OG** dar.*

3. Keine Subsidiarität gemäss Art. 102 OG

Vorliegend ist weder die verwaltungsrechtliche Klage [oder eine andere Klage] möglich (Art. 102 lit. a i.V. mit Art. 116 OG), noch der Weiterzug an das Eidgenössische Versicherungsgericht (Art. 102 lit. b i.V. mit Art. 128 ff. OG). Ferner ist auch der Instanzenzug durchlaufen worden (Art. 102 lit. d OG). Es ergibt sich somit, dass vorliegend **die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht nach Art. 102 OG ausgeschlossen ist.**

4. Keine sachliche Ausnahme gemäss Art. 99 ff. OG

Die Prüfung der Art. 99 – 101 OG ergibt, dass vorliegend kein Ausschlussgrund vorliegt.

Ergebnis: Gegen den Entscheid des Bundesamtes (des BAKOM) ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht möglich (Art. 98 OG).

(Für die Partei- und Prozessfähigkeit, Legitimation, Beschwerdegründe etc. wird auf die andernorts dazu gemachten Ausführungen verwiesen.)

3. Anfechtungsobjekt ist der Entscheid des Bundesgerichts.

Mit der Rüge, es liege eine Verletzung eines in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) anerkannten Rechts vor, kann schliesslich noch Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg geführt werden (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, S. 74). (Zu den Modalitäten, wie Gesuchseinreichung, Legitimation, relative Subsidiarität, Frist und dergleichen: vgl. Art. 25 ff. EMRK)

Für mögliche Rügen wird auf die nachfolgenden Antworten zu den Fragen 2 und 3 verwiesen.

Zusammenfassend stellt sich der Instanzenzug wie folgt dar:

- 1) Anfechtung der Verfügung der SRG mit **Verwaltungsbeschwerde an „das Bundesamt“** (gemeint an das Bundesamt für Kommunikation [BAKOM]);
- 2) Anfechtung des Entscheids des „Bundesamtes“ mit **Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht**;
- 3) Anfechtung des Entscheids des Bundesgerichts mit **Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)**.

**2. Die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung macht insbesondere geltend, durch die Nichtausstrahlung des Werbespots werde ihr Anspruch auf Verbreitung von Informationen („Recht auf Antenne“) verletzt. Wie ist dieser Einwand materiell zu beurteilen?**

Das ‚Recht auf Antenne‘ bezieht sich auf den Zugang zu Radio und Fernsehen. Es geht um die **Frage, ob** und gegebenenfalls **wem** (verfassungsrechtlich) ein **Zugang zu Radio- und Fernsehprogrammen** offen steht (vgl. zum Ganzen: ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, S. 479 f.; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, 265 ff, 276 f.).

*Die BV kennt an mehreren Orten Bestimmungen zum Fernsehen. In Artikel 17 BV ist die Medienfreiheit statuiert, und Artikel 93 BV äussert sich zu den Zuständigkeiten im Bereich von Radio und Fernsehen. Eine ausdrückliche **Regelung zum ‚Recht auf Antenne‘ ist in der BV aber nirgends** enthalten. Demgegenüber findet sich eine **klärende Bestimmung** dazu im RTVG. **Artikel 5 Absatz 3 RTVG** bestimmt, dass das RTVG niemandem einen Anspruch auf Verbreitung bestimmter Darbietungen und Informationen durch einen Veranstalter verleiht. Es gibt in diesem Sinn also **kein Recht auf Antenne‘** (und zwar unabhängig davon, ob ein Werbespot oder eine andere Sendung zur Diskussion steht).*

Abzuklären bleibt, ob diese Gesetzesbestimmung vor dem Verfassungs- und Staatsvertragsrecht stand hält. Wäre dies nicht der Fall, müsste die Feststellung, dass es kein ‚Recht auf Antenne‘ gebe, mit MÜLLER relativiert werden (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, 276). Wie es sich mit der Verfassungs- und Staatsvertragskonformität verhält, zeigt die Beantwortung der folgenden Frage.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 191 BV (nach Inkrafttreten der Justizreform: Art. 190 BV) Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Die BV gebietet demnach den rechtsanwendenden Behörden, die genannten Erlasse anzuwenden, selbst wenn sie verfassungswidrig sind (Anwendungsgebot). Sie verbietet es den Behörden aber nicht, die Erlasse auf ihre Verfassungskonformität hin zu prüfen (kein Prüfungsverbot) und zu der, vorab an den Gesetzgeber gerichteten, Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit zu gelangen. Was insbesondere das Staatsvertragsrecht angeht (z.B. EMRK), anerkennt das Bundesgericht heute in gefestigter Rechtsprechung grundsätzlich und bei Vorliegen wirklicher Konflikte den uneingeschränkten Vorrang des internationalen Rechts. Deshalb darf die Vereinbarkeit von Bundesgesetzen mit der EMRK überprüft werden (vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, S. 565; ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 1997, S. 19 ff.; BGE 117 Ib 373).

Somit darf vorliegend überprüft werden, ob die Gesetzesbestimmungen des RTVG verfassungs- und staatsvertragskonform sind (kein Überprüfungsverbot). Bei Konventionswidrigkeit darf darüber hinaus den entsprechenden Gesetzesbestimmungen sogar die Anwendung versagt werden (kein Anwendungsgebot).

### 3. a) *Ist im vorliegenden Fall die Meinungs- und Informationsfreiheit verletzt?*

Abzuklären bleibt, ob eine Verletzung der Meinungs- und Informationsfreiheit vorliegt. Wird dies bejaht, soll das Bundesgericht die entsprechende Gesetzesbestimmung, wonach kein ‚Recht auf Antenne‘ bestehe (Art. 5 Abs. 3 RTVG), zwar anwenden, es darf aber die Verfassungswidrigkeit feststellen. Bei Feststellen der Konventionswidrigkeit muss die Gesetzesbestimmung sodann gar nicht angewandt werden.

### Verletzung der in Art. 16 BV garantierten Meinungs- und Informationsfreiheit?

#### Schutzbereich der Meinungs- und Informationsfreiheit

Die Meinungs- und Informationsfreiheit garantiert zusammen mit anderen Grundrechten die Freiheit der sozialen Kommunikation. Einerseits schützen sie ein existenzielles menschliches Bedürfnis nach Mitteilung und Kommunikation mit anderen Menschen [**menschenrechtliche Funktion**], andererseits bildet der ungehinderte Fluss von Meinungen und Informationen mit der Möglichkeit, oppositionelle Ansichten zu äussern, eine unerlässliche Voraussetzung für eine freie demokratische Willensbildung und -betätigung [**demokratische Funktion**] (vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, S. 131 f.; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 183 f.).

#### - sachlicher Schutzbereich:

- Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV): Als Meinungen gelten die Ergebnisse von rationalen Denkvorgängen und Überzeugungen im Sinne von Stellungnahmen, Wertungen, Anschauungen, Auffassungen und dergleichen. Die Meinungsfreiheit umfasst das Recht, die **Meinung frei zu bilden, zu äussern und zu verbreiten** (Art. 16 Abs. 2 BV). Geschützt wird der Anspruch des Einzelnen, jegliche Gedankenvorgänge sowohl öffentlich als auch privat kund zu tun. Allerdings werden vom Schutzbereich grundsätzlich nur **ideelle Inhalte** erfasst (BGE 125 I 420 f.).

Indessen können gemäss EGMR auch Äusserungen zu kommerziellen Zwecken unter die Meinungsfreiheit fallen, allerdings geniessen diese einen geringeren Schutz. Soweit daher für die Konkretisierung der Meinungsfreiheit die EMRK beigezogen wird, ist die Praxis des EGMR zu beachten (vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, S. 134). Aber welches Grundrecht bei kommerziellen Äusserungen auch immer beigezogen wird, ist letztlich nicht entscheidend, solange diese zumindest nach irgend einem Grundrecht geschützt werden. Die Schweiz kann daher kommerzielle Äusserungen weiterhin im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit schützen (JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 204 ff.).

Als Mittel der geschützten Meinungsäusserung kommen im Übrigen grundsätzlich **alle Äusserungsmöglichkeiten** in Frage, neben dem geschriebenen und gesprochenen Wort insbesondere auch Tonträger und Filme (vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, S. 134). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Meinungsfreiheit gegenüber der Informationsfreiheit ein „Auffanggrundrecht“ ist. Sie bietet dann Schutz, wenn die Informationsfreiheit nicht betroffen ist (vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, S. 137; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, 248).

- Informationsfreiheit: Die Informationsfreiheit umfasst das Recht, **Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten (Art. 16 Abs. 3 BV)**. Sie beinhaltet somit das Recht, Nachrichten und Meinungen ohne Eingriffe der Behörden zu empfangen und ungehindert allgemein zugängliche Quellen zu konsultieren (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, S. 133; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte der

Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 278 ff.). Sie beinhaltet aber auch das Recht, Informationen zu verbreiten. Soweit dies durch die Medien erfolgt, entspricht dieser Gehalt der Informationsfreiheit der Medienfreiheit (DENIS BARRELET, Les libertés de la communication, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 727, N 18).

*Da die Meinungsfreiheit gegenüber der Informationsfreiheit ein **Auffanggrundrecht** darstellt, ist vorab zu prüfen, ob vorliegend der sachliche Schutzbereich der Informationsfreiheit berührt ist.*

*Das Anliegen der Partei für ethisch korrekte Tierhaltung, einen Werbespot senden zu lassen, zielt auf das ‚**Verbreiten**‘ von Informationen ab; das Element ‚verbreiten‘ ist zweifellos gegeben. Ob aber der Werbespot auch als Information anzusehen ist, muss genauer geprüft werden. Beim Werbespot geht es um eine **politische Meinungsäußerung**. Der Inhalt des Werbespots darf daher durchaus **als Information qualifiziert** werden. In Berücksichtigung der Praxis des EGMR wäre diese Frage im Übrigen sowieso irrelevant, da diesfalls kommerzielle Äusserungen unter die Kommunikationsgrundrechte zu subsumieren sind. Die **Informationsfreiheit ist vorliegend berührt**.*

*Im Übrigen wäre – sollte die Informationsfreiheit nicht berührt sein – zweifellos die Meinungsfreiheit berührt. Denn beim Werbespot der Partei für ethisch korrekte Tierhaltung, insbesondere bei den Aussagen zur Haltung von Schweinen sowie beim Aufruf, weniger Fleisch zu konsumieren, handelt es sich um eine Stellungnahme, Wertung oder Anschauung und damit um eine Meinung.*

- persönlicher Schutzbereich: Träger der Meinungs- und Informationsfreiheit sind **natürliche und juristische Personen** (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, S. 141).

*Die **Partei für ethisch korrekte Tierhaltung** ist eine juristische Person (Verein) und kann als solche durchaus in ihrer Meinungs- und Informationsfreiheit **berührt sein**. Der persönliche Schutzbereich ist gegeben.*

*Es ergibt sich somit, dass der Entscheid der SRG, den Werbespot der Partei für ethisch korrekte Tierhaltung nicht auszustrahlen, das Grundrecht der Meinungs- bzw. Informationsfreiheit berührt.*

Zu prüfen bleibt nun, ob der abweisende Entscheid der SRG ein unzulässiger Eingriff in die Meinungs- bzw. Informationsfreiheit der Partei für ethisch korrekte Tierhaltung darstellt. Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer **gesetzlichen Grundlage**, müssen durch ein **öffentliches Interesse** gerechtfertigt sowie **verhältnismässig** sein und dürfen den **Kerngehalt** der Grundrechte nicht antasten (**Art. 36 BV**).

Die Prüfung der vier Eingriffsvoraussetzungen ergibt Folgendes (vgl. zur Theorie: ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, S. 93 ff.):

- gesetzliche Grundlage: Einschränkungen von Grundrechten bedürfen in aller Regel einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV [Ausnahme: polizeiliche Generalklausel, Art. 36 Abs. 1 Satz 3]). Diese Voraussetzung setzt sich aus zwei Teilgeboten zusammen: dem Erfordernis des **Rechtssatzes** und demjenigen der **Gesetzesform**.

- Erfordernis des Rechtssatzes: Die Freiheitsbeschränkung muss grundsätzlich in einem Rechtssatz, d.h. in einer **generell-abstrakten** Norm, vorgesehen sein. Der Rechtssatz muss zudem **genügend bestimmt** sein.
- Erfordernis der Gesetzesform: **Schwerwiegende Eingriffe** in Freiheitsrechte sind auf der Stufe eines **Gesetzes** (Gesetz im formellen Sinn) zu normieren (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV), während für **weniger schwere Eingriffe eine Verordnung** (Gesetz im materiellen Sinn) ausreicht. Dahinter steht die Überlegung, dass je schwerer ein Eingriff in ein Freiheitsrecht ist, desto stärker er demokratisch legitimiert sein soll.

*Die SRG begründet ihren Entscheid mit Art. 18 Abs. 5 des RTVG, wonach politische Werbung verboten ist. Diese Bestimmung stellt eine **generell-abstrakte Norm** dar, weshalb das Erfordernis des Rechtssatzes zweifellos erfüllt ist. Ferner ist es ein **Gesetz im formellen Sinn**, weshalb die **Rechtsgrundlage ausreicht**. Im Übrigen müsste wohl auch eine Verordnung ausreichen, könnte doch die Einschränkung kaum als schwerer Eingriff qualifiziert werden, da die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung ihre Meinung auch auf anderen Wegen verbreiten kann (Zeitung, Flugblatt etc.). Diese Frage braucht aber – da ein Gesetz im formellen Sinn vorliegt – gar nicht abschliessend beantwortet zu werden. Das Erfordernis der Gesetzesform ist jedenfalls ebenfalls erfüllt, womit von einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage auszugehen ist.*

- öffentliches Interesse: Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV). Im **öffentlichen Interesse** liegt all das, **was der Staat zum Gemeinwohl vorkehren muss, um eine ihm obliegende Aufgabe zu erfüllen**. Dazu gehören polizeiliche Interessen aber auch gewisse wichtige Interessen nichtpolizeilicher Natur.

*Vorliegend besteht das öffentliche Interesse an einem Verbot politischer Werbung darin, dass es die **Chancengleichheit** zwischen finanziell unterschiedlich potenten politischen Gruppierungen wahren will. Ein **öffentliches Interesse** liegt vor.*

- Verhältnismässigkeit: Einschränkungen von Grundrechten müssen überdies verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Dem Verhältnismässigkeitsprinzip liegt der Gedanke zu Grunde, dass ein Eingriff nicht weiter gehen darf, als es das öffentliche Interesse erfordert. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz umfasst die **drei folgenden Elemente**, die kumulativ gegeben sein müssen:
  - Eignung: Die staatliche Massnahme muss geeignet sein, um den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck herbei zu führen, sie **darf das Ziel nicht verfehlen** (Zwecktauglichkeit).
  - Erforderlichkeit: Die Massnahme muss sodann im Hinblick auf den angestrebten Zweck erforderlich sein, d.h. sie hat **zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde**. Der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Beziehung nicht über das Notwendige hinausgehen (geringstmöglicher Eingriff/Übermassverbot).
  - Zumutbarkeit/Zweck-Mittel Relation: Zwischen dem gesteckten Ziel (öffentlichem Interesse) und dem zu seiner Erlangung notwendigen Mittel (Freiheitsbeschränkung) muss ein **vernünftiges Verhältnis** bestehen (**Abwägung** von öffentlichem und betroffenem privaten Interesse).

*Erstens muss die Massnahme, vorliegend die Abweisung des Werbespots wegen des Verbots politischer Werbung, geeignet sein, den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck, vorliegend die Wahrung der **Chancengleichheit** politischer Gruppierungen, herbei zu führen. Da das **Fernsehen** – nebst anderen Medien – einen grossen **Einfluss auf die Meinungsbildung hat, trägt ein Verbot politischer Werbung sicher dazu bei**, die Chancengleichheit zwischen finanziell unterschiedlich potenten politischen Gruppierungen zu wahren. Das Verbot ist daher eine **geeignete Massnahme**.*

*Zweitens muss die Massnahme der geringstmögliche Eingriff sein. Hier sind nun durchaus **mildere Massnahmen denkbar**. Anstelle eines Verbots könnte politische Werbung zugelassen werden, allerdings mit **Auflagen** verbunden, um das Ziel (Wahrung der Chancengleichheit) dennoch zu erreichen. Es könnte beispielsweise bestimmt werden, es müsse auch die Gegenmeinung wiedergegeben werden. Die politische Werbung dürfe beispielsweise nur ausgestrahlt werden, wenn auch andere Gruppierungen mit gegenläufigen Meinungen einen Werbeblock senden. Oder das Werbeverbot könnte zeitlich eingeschränkt werden, indem beispielsweise nur innerhalb von zwei Monaten vor Abstimmungen ein Werbeverbot für politische Meinungen bestünde. Weniger einschneidende Lösungen sind somit möglich, weshalb das Verbot politischer Werbung trotz Geeignetheit als **nicht erforderliche** und damit **unverhältnismässige** Massnahme zu betrachten ist.*

*Aber selbst wenn das Verbot politischer Werbung noch als erforderliche Massnahme qualifiziert würde, scheiterte es vorliegend an der Abwägung des öffentlichen gegenüber dem betroffenen privaten Interesse. Denn die Meinungs- und Informationsfreiheit (vorliegend das betroffene ‚private‘ Interesse) gehört zu den wesentlichen Grundlagen einer demokratischen Gesellschaft, da sie es eben ermöglicht, oppositionelle Meinungen zu verbreiten (vgl. dazu die andernorts erwähnte demokratische Funktion der Meinungs- und Informationsfreiheit). Die Meinungs- und Informationsfreiheit darf deshalb nur aus besonders zwingenden Gründen eingeschränkt werden (vgl. Argumentation EGMR im Entscheid vom 28. Juni 2001 [Application No. 24699/94]).*

- Kerngehalt: Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV). Diese Einschränkungsvoraussetzung ist nur zu prüfen, wenn der Eingriff als verhältnismässig qualifiziert wird. *Diesfalls liegt klarerweise keine Verletzung des Kerngehalts der Meinungs- oder Informationsfreiheit vor, da ihr Wesenskern überhaupt nicht betroffen, geschweige denn in fundamentaler Art und Weise angetastet wird.*

-----  
**Für die Prüfung spielte es keine Rolle, ob argumentiert wurde, das Werbeverbot halte vor der Meinungs- und Informationsfreiheit stand oder es verletzte diese. Erwartet wurde in beiden Fällen, dass eine gründliche Auseinandersetzung mit der Problematik erfolgte und die Lösung begründet wurde.**  
 -----

## Verletzung von Art. 10 EMRK?

Die EMRK-Garantien bilden grundsätzlich einen europäischen Mindeststandard, den die schweizerischen Grundrechte in der Regel erreichen oder überschreiten. Sie werden vom Bundesgericht sowohl materiell als auch verfahrensmässig analog den verfassungsmässigen Rechten der BV behandelt (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, S. 74 f.; WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Auflage, Bern 1994, 48). Es sollen aber **in allen Fällen sowohl die Garantien der EMRK als auch jene der BV geprüft werden**, unabhängig davon, ob eine EMRK-Garantie weiter geht als jene der BV (MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Auflage, Zürich 1999, 56). Es rechtfertigen sich daher die folgenden Ausführungen zu Art. 10 EMRK.

- Sachlicher Schutzbereich: Gemäss Art. 10 EMRK hat jedermann Anspruch auf freie Meinungsäusserung. Dieses Recht schliesst die Freiheit der **Meinung** und die Freiheit zum **Empfang** und zur **Mitteilung** von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden ein. Wie andernorts bereits erwähnt worden ist, umfasst Art. 10 EMRK insbesondere auch kommerzielle Informationen.

Im Übrigen ist die Garantie von Art. 10 EMRK weitgehend deckungsgleich mit den Garantien von Art. 16 BV. Art. 10 EMRK bestimmt sodann ausdrücklich, dass Einschränkungen möglich sind, soweit eines der dort aufgeführten Ziele vorliegt und die Einschränkung sich auf ein Gesetz stützen kann.

*Vor diesem Hintergrund ist die abweisende Haltung der SRG zum Werbespot, bzw. das Verbot politischer Werbung zu diskutieren. Hierfür kann auf die vorstehenden Ausführungen zu Art. 16 BV verwiesen werden.*

- Persönlicher Schutzbereich: Eine EMRK-Rüge kann von Staaten aber auch von **natürlichen Personen, nichtstaatlichen Organisationen oder Personenvereinigungen** vorgebracht werden (Art. 25 i.V. mit Art. 48 EMRK).

*Die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung ist eine Personenvereinigung und kann sich daher ohne weiteres auf die EMRK-Garantien berufen.*

***Ergebnis: Der Entscheid der SRG, der Werbespot könne wegen des Verbots politischer Werbung nicht ausgestrahlt werden, ist unverhältnismässig und verstösst gegen die in Art. 16 BV und Art. 10 EMRK garantierte Meinungs- und Informationsfreiheit.***

Die gegenteilige Schlussfolgerung ist – wie andernorts erwähnt - auch möglich; Wert gelegt wurde auf eine überzeugende Argumentation.

Anmerkung: Der EGMR hat im Fall ‚Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland‘ vom 28. Juni 2001 (Application No. 24699/94) entschieden, ein vollständiges Verbot politischer Werbung beruhe zwar auf einer gesetzlichen Grundlage und einem legitimen Ziel, verletze aber die Meinungsfreiheit. Das Verbot sei für eine demokratische Gesellschaft nicht notwendig und sei auch darum ungeeignet, weil davon nur das Fernsehen, nicht aber andere Medien betroffen seien.

Vgl. dazu auch medialex 3/2001, 158 ff. [inkl. Anmerkungen von Denis Barrelet]

- b) Welche weiteren Rügen könnte die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung im Zusammenhang mit der Nichtzulassung des Werbespots vorbringen? (Bitte lediglich die Rügen angeben [stichwortartig]; materielle Ausführungen werden nicht verlangt!)*

Die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung könnte in Bezug auf Grundrechte folgende Rügen vorbringen:

Mögliche Rügen:

- 1) Verletzung des Grundsatzes der **Rechtsgleichheit** (Art. 8 Abs. 1 BV)
- 2) Verletzung des **Diskriminierungsverbots** (Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 14 EMRK [Art. 14 EMRK kann indessen **nicht selbständig** angerufen werden])
- 3) Verletzung des **Willkürverbots** (Art. 9 BV)
- 4) Verletzung der **Garantie der politischen Rechte** (Art. 34 BV)

Evtl. auch:

- Wirtschaftsfreiheit, Art. 27 BV (soweit argumentiert wird, es gehe um kommerzielle Werbung)
- Anspruch auf rechtliches Gehör, Art. 29 Abs. 2 BV (je nach Argumentation)

Nicht aber:

- Medienfreiheit, Art. 17 BV (Partei ist kein Medium)
- Vereinigungsfreiheit, Art. 23 BV, Art. 11 EMRK (steht vorliegend nicht zur Diskussion)

In der Praxis hat das Bundesgericht beispielsweise den Anspruch politischer Parteien auf rechtsgleiche Behandlung beim Zugang zu Wahlsendungen anerkannt. Es hat auch schon aus dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit, des Minderheitenschutzes und mit Blick auf das Diskriminierungsverbot ein Recht auf Mitwirkung an einer Sendung in Betracht gezogen. Ferner kann sich eine Verpflichtung zur Berücksichtigung einer individuellen Information auch ausserhalb von Wahlen und Abstimmungen ergeben. So darf z.B. bei Veranstaltungshinweisen nicht willkürlich oder diskriminatorisch vorgegangen werden (vgl. die Hinweise bei JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, 265 ff, 276 f. sowie BGE 119 Ib 249, BGE 123 II 402 ff.).

Ferner könnte die Partei für ethisch korrekte Tierhaltung etwa noch vorbringen:

- Verletzung von Vorschriften des VwVG (insbesondere Art. 35 Abs. 1 VwVG [Form der Verfügung])
- Verletzung von Artikel 18 RTVG (je nach Argumentation)