

Christoph Born, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich, Dozent am MAZ Die Schweizer Journalistenschule, Luzern
christoph.born@ch-law.ch.ch

Risikofaktor Art. 293 StGB

Der grosse Ermessensspielraum der Gerichtsinstanzen bei der Interessenabwägung setzt die Medien einem hohen Risiko aus

Résumé L'art. 293 CP ne permet pas l'examen de la confidentialité et de l'intérêt public, conformément aux principes de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Toutefois, la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas contraire aux issues des jugements Stoll et Bédard de la CEDH. La grande marge d'appréciation laissée aux tribunaux concernant la pesée des intérêts est un facteur à risques pour les professionnels des médias. Elle pourrait entraîner le fait que les médias n'assurent plus leur rôle de «chien de garde» au sens de la CEDH, dans son intégralité. Cela pourrait s'opposer à l'abrogation complète de l'art. 293 CP, qui fait actuellement l'objet d'un débat.

I. Einleitung

Wie schon im Jahr 1996¹ steht zurzeit wiederum die Abschaffung bzw. eine Änderung des Art. 293 StGB, der die «Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen» unter Strafe stellt, zur Debatte.²

Derweil sorgt die Rechtsprechung zu Art. 293 StGB für Verunsicherung, wie das Verfahren, das zum neusten Bundesgerichtsurteil geführt hat, zeigt: Der Chefredaktor des «Tages-Anzeigers» hatte im Jahr 2012 Passagen aus dem damals noch unter Verschluss gehaltenen Schlussbericht der Zürcher Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) über die Beamtenversicherungskasse (BVK) publiziert. Sowohl das Bezirksgericht Zürich als auch das Obergericht des Kantons Zürich sprachen den Chefredaktor vom Vorwurf des Verstosses gegen Art. 293 StGB frei. Mit Urteil vom 25. Mai 2016 stellte das Bundesgericht jedoch fest, dass dieser Freispruch Bundesrecht verletzt, hob diesen auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurück.³

Nachfolgend wird aufgezeigt, dass Art. 293 StGB weiterhin ein unberechenbares Risiko für die Medienschaffenden bleiben wird, sollte er nicht aufgehoben werden.³

II. Art. 293 StGB

1. Wortlaut

Art. 293 StGB lautet wie folgt:

«¹Wer, ohne dazu berechtigt zu sein, aus Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen einer Behörde, die durch Gesetz oder durch Beschluss der Behörde im Rahmen ihrer Befugnis als geheim erklärt worden sind, etwas an die Öffentlichkeit bringt, wird mit Busse bestraft.

²Die Gehilfenschaft ist strafbar.

³Der Richter kann von jeglicher Strafe absehen, wenn das an die Öffentlichkeit gebrachte Geheimnis von geringer Bedeutung ist.»

Der Begriff «geheim» ist weit auszulegen. Gemäss Bundesgericht ist es unerheblich, ob die Akten etc. als «streng geheim» oder bloss als «vertraulich» klassifiziert worden sind. Es muss nur klar sein, «dass damit die Öffentlichkeit hat ausgeschlossen werden wollen»⁴.

1 Vgl. dazu Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht) vom 17. Juni 1996, BBl 525 – 579.

2 Vgl. dazu den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats zur Parlamentarischen Initiative «Aufhebung von Art. 293 StGB» vom 13. November 2014, <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/11-489/Documents/bericht-rk-n-11-489-2014-12-08-d.pdf> (28. Juni 2016).

3 BGer, 25.5.2016, 6B_1267/2015.

4 BGE 126 IV 242 mit Hinweisen.

2. Schutzzweck

- 6 Lehre und Rechtsprechung stimmen darin überein, dass Art. 293 StGB den Prozess der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung innerhalb der staatlichen Organe vor Störungen schützen will.⁵

3. Objektiver Tatbestand

A) Formeller Geheimnisbegriff

- 7 Das Bundesgericht hält auch im erwähnten neusten Entscheid daran fest, dass Art. 293 StGB der *formelle* Geheimnisbegriff zugrunde liegt, d.h. dass das Tatunrecht in der Missachtung der Geheimhaltungserklärung liegt. Ein Teil der Lehre folgt dieser Auffassung.⁶ Dementsprechend ist der objektive Tatbestand von Art. 293 StGB schon dann erfüllt, wenn Sachverhalte aus Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen veröffentlicht werden, welche als geheim oder vertraulich erklärt wurden, sei es durch eine Gesetz oder durch den Beschluss einer Behörde, den zu erlassen diese befugt war.
- 8 Ist das an die Öffentlichkeit gebrachte Geheimnis «von geringer Bedeutung», kann der Richter «von jeglicher Strafe absehen» (Art. 293 Abs. 3 StGB). Aber auch in diesem Fall kommt es zu einer Verurteilung, weil der objektive Tatbestand als erfüllt gilt.

B) Materieller Geheimnisbegriff

- 9 Ein anderer Teil der Lehre ist demgegenüber der Meinung, dass aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Sachen Stoll c. Schweiz (im Folgenden «Entscheid Stoll»)⁷ bei der Auslegung von Art. 293 StGB von einem *materiellen* Geheimnisbegriff auszugehen ist. Demnach ist der Tatbestand von Art. 293 StGB nur erfüllt, wenn die veröffentlichte Tatsache ein Geheimnis im materiellen Sinn ist.⁸ Nach dem materiellen Geheimnisbegriff ist eine Tatsache dann geheim, wenn sie nur einem begrenzten Personenkreis bekannt oder zugänglich ist, der Geheimnisträger sie geheim halten will und ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat.⁹ Bei der Prüfung der Frage, ob ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht, ist das entgegenstehende Informationsinteresse der Öffentlichkeit mitzuberücksichtigen. Überwiegt es gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse, fehlt es an einem Geheimnis im materiellen Sinn, und die Veröffentlichung ist ungeachtet der Geheimniserklärung nicht tatbestandsmässig.¹⁰

C) Unterschiedliche Folgen

- 10 Auf der Grundlage des materiellen Geheimnisbegriffs kommt dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit tendenziell ein grösseres Gewicht zu als auf derjenigen des formellen Geheimnisbegriffs. Denn die formelle Perspektive schliesst eine Abwägung zwischen dem Informationsinteresse und dem Geheimhaltungsinteresse aus. Das Informationsinteresse kann dabei nur noch als aussergesetzlicher Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen in Frage kommen.¹¹
- 11 An den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen stellt das Bundesgericht hohe Anforderungen. In Bezug auf Art. 293 StGB genügt es gemäss seinen Erwägungen nicht, wenn das öffentliche Informationsinteresse das Geheimhaltungsinteresse überwiegt. Die Tat ist erst dann gerechtfertigt, wenn sie «ein zur Erreichung des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel ist, sie insoweit den einzig möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, welche der Täter zu wahren sucht»¹².
- 12 Angesicht dieser strengen Kriterien erstaunt nicht, dass das Bundesgericht, soweit ersichtlich, den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung des öffentlichen Informationsinteresses in Verfahren gegen Medienschaffende wegen Verstössen gegen Art. 293 StGB wiederholt verneint oder zum Ausdruck gebracht hat, dass eine Berufung darauf chancenlos gewesen wäre.¹³

5 BGer, 25.5.2016, 6B_1267/2015, E. 1.3; BaslerKomm/Fiolka, Art. 293 StGB N 8.

6 BGer, 25.5.2016, 6B_1267/2015, E. 1.3 mit Hinweisen auf frühere Urteile und auf den Teil der Lehre, welcher der bundesgerichtlichen Ansicht folgt.

7 vgl. Ziff. IV 3 hinten.

8 BGer, 25.5.2016, 6B_1267/2015, E. 1.4 mit Hinweisen.

9 BGE 126 IV 242.

10 BGer, 25.5.2016, 6B_1267/2015, E. 1.4.

11 BGer, 25.5.2016, 6B_1267/2015, E. 1.4.

12 BGE 126 IV 250.

13 So beispielsweise in den folgenden Entscheiden: BGer, 25.5.2016, 6B_1267/2015, E. 2.7; BGer, 11.1.2013, 6B_186/2012, E 2.5; BGE 126 IV 250; BGE 107 IV 191.

III. Bundesgerichtliche Interessenabwägung

Das Bundesgericht hat im Entscheid Stoll des EGMR keinen Grund erblickt, in seiner Rechtsprechung zu Art. 293 StGB vom formellen Geheimnisbegriff abzurücken.¹⁴ Dennoch hat es in seinen drei letzten Entscheiden zu Art. 293 StGB jeweils sowohl das öffentliche Informationsinteresse als auch das staatliche Geheimhaltungsinteresse in Bezug auf die publizierten Sachverhalte gewichtet und eine Abwägung der beiden Interessen vorgenommen.¹⁵ Damit hat es der (dogmatischen) Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Geheimnisbegriff die praktische Bedeutung genommen. Jedenfalls lassen sich im Lichte des neusten Entscheids des EGMR i.S. Bédat c. Suisse (im Folgenden: «Entscheid Bédat»)¹⁶ keine Diskrepanzen zum Bundesgerichtsentscheid¹⁷ ausmachen, die darauf zurückzuführen wären, dass das Bundesgericht von einem formellen Geheimnisbegriff ausgeht.

IV. Entscheide des EGMR zu Art. 293 StGB

1. Art. 10 EMRK

Die Entscheide des EGMR zu Art. 293 StGB basieren auf Art. 10 EMRK – Freiheit der Meinungsäusserung. Dieser lautet wie folgt:

„(1) Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäusserung. Dieses Recht schliesst die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Dieser Artikel hindert die Staaten nicht, für Radio-, Fernseh- oder Kinounternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben.

(2) Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.“

2. Grundsätze des EGMR

Die Grosse Kammer des EGMR hat bislang zwei Entscheide zu Art. 293 StGB gefällt:

- Entscheid vom 10. Dezember 2007, *Affaire Stoll c. Suisse*, Requête n° 69698/01 (im Folgenden «Entscheid Stoll»)¹⁸
- Entscheid vom 29. März 2016, *Affaire Bédat c. Suisse*, Requête n° 56925/08 (im Folgenden «Entscheid Bédat»)¹⁹.

In diesen beiden Entscheiden hat der EGMR Art. 10 Abs. 2 EMRK u.a. dahingehend konkretisiert, dass Eingriffe in die Meinungsäusserungsfreiheit dann notwendig sind, wenn sie eine zwingende soziale Notwendigkeit, ein «*besoin social impérieux*», darstellen. Dabei überprüft der EGMR, ob die Eingriffe verhältnismässig sind sowie triftig («*pertinent*») und ausreichend («*suffisant*») begründet sind.²⁰ Wo es um politische Debatten und Angelegenheiten im öffentlichen Interesse geht, lässt der EGMR wenig Spielraum für Eingriffe in die Meinungsäusserungsfreiheit und den Behörden nur einen engen Ermessensspielraum. Dies gilt speziell auch für Äusserungen über das Funktionieren der Justiz, selbst wenn es hängige Verfahren betrifft.²¹

Der EGMR schreibt der Presse eine essentielle Rolle in einer demokratischen Gesellschaft zu und bezeichnet es als ihre Pflicht, Informationen und Ideen in allen Angelegenheiten des öffentlichen Interesses zu vermitteln.²² Die Bestrafung eines Journalisten wegen der Verbreitung vertraulicher oder geheimer Informationen könnte die Medienschaffenden davon abschrecken, die Öffentlichkeit über Fragen des öffentlichen Interesses zu informieren –

14 BGer, 25.5.2016, 6B_1267/2015, E.1.5.

15 BGer, 25.5.2016, 6B_1267/2015, E.2.7; BGer, 11.1.2013, 6B_186/212, E. 3; BGer, 29.4.2008, 6P.153/2006, E. 8.1 und 8.3.

16 Vgl. Ziff. IV 4 hinten

17 BGer, 29.4.2008, 6P.153/2006.

18 medialex 2008, 34.

19 medialex 2014, 139.

20 *Affaire Bédat c. Suisse*, Requête n° 56925/08 (im Folgenden «Entscheid Bédat»), § 48; *Affaire Stoll c. Suisse*, Requête n° 69698/01 (im Folgenden «Entscheid Stoll»), § 101.

21 *Entscheid Bédat*, § 49.

22 *Entscheid Stoll*, § 102; *Entscheid Bédat*, § 50.

womit die Presse ihre unentbehrliche Rolle als öffentlicher Wachhund («chien de garde») nicht mehr wahrnehmen könnte.²³ Der Schutz, den Art. 10 EMRK gewährt, setzt nach den Worten des EGMR aber voraus, dass die Medienschaffenden in gutem Glauben («bonne foi») auf der Basis exakter Fakten handeln sowie unter Berücksichtigung der berufsethischen Regeln zuverlässige und genaue Fakten liefern.²⁴ In diesem Zusammenhang greift der EGMR im Entscheid Bédat den Begriff «Konzept des verantwortlichen Journalismus» («le concept de journalisme responsable») auf. Dieses Konzept umfasst auch das gesetzesmässige Verhalten, wobei die Tatsache, dass ein Journalist einen Gesetzesverstoss begangen hat, für die Beurteilung, ob er verantwortungsvoll gehandelt hat, zwar relevant, aber nicht entscheidend ist.²⁵

- 18 In den beiden Entscheiden Stoll und Bédat prüfte der EGMR im Einzelnen die folgende Aspekte: Das Vorliegen eines öffentlichen Interesses am Thema, das Vorliegen eines Geheimhaltungsinteresses des Staats, die Art und Weise, wie der Journalist zu den geheimen Informationen kam, die Form bzw. den Gehalt der umstrittenen Publikation sowie die Frage, ob die Publikation geeignet war, einen Beitrag zur öffentlichen Debatte im öffentlichen Interesse zu leisten.

3. Entscheid Stoll

A) Keine Verletzung von Art. 10 EMRK

- 19 Im Entscheid Stoll ging es um zwei Artikel, die in der «SonntagsZeitung» vom 26. Januar 1997 unter den folgenden Titeln erschienen waren: «Botschafter Jagmetti beleidigt die Juden – Geheimpapier: ‚Man kann dem Gegner nicht vertrauen‘» und: «Mit Bademantel und Bergschuhen in den Fettnapf» – «Der Schweizer Botschafter Carlo Jagmetti trampelt übers diplomatische Parkett». In diesen Artikeln wurden Passagen aus einem vertraulichen Strategiepapier, welches der damalige Schweizer Botschafter in den USA zum Thema der nachrichtenlosen Vermögen verfasst hatte, veröffentlicht.²⁶ In der Folge wurde der Verfasser der Artikel wegen Verstosses gegen Art. 293 StGB letztinstanzlich zu einer Busse von 800 Franken verurteilt.²⁷ Mit Entscheid vom 25. April 2006 stellte eine Kammer des EGMR mit vier gegen drei Stimmen fest, dass die Schweiz durch diese Verurteilung Art. 10 EMRK verletzt hatte. Die Schweizer Regierung zog diesen Entscheid an die Grosse Kammer des EGMR weiter. Diese entschied am 10. Dezember 2007 mit 12 gegen fünf Stimmen, dass die Verurteilung des Schweizer Journalisten Art. 10 EMRK *nicht* verletzt.

B) Schadenspotenzial für die Schweiz

- 20 Für die Grosse Kammer (im Folgenden nur noch «EGMR») bestand kein Zweifel, dass an dem damals in der Schweiz lebhaft diskutierten Thema der nachrichtenlosen Vermögen ein öffentliches Interesse bestand, und sie erachtete die zwei stritten Artikel als geeignet, einen Beitrag zur öffentlichen Debatte zu leisten.²⁸ Zwar bekundete der EGMR ein gewisses Verständnis für die Argumentation, dass die Publikation eines als «geheim» oder «vertraulich» klassifizierten Berichts eines Botschafters für die Aussenpolitik eines Staates verhängnisvolle und paralysierende Folgen haben und den betreffenden Botschafter fast automatisch zu einer persona non grata machen kann. Dennoch erachtete er es als nicht akzeptabel, relevante ausserpolitische Fragen aufgrund des Schutzes der diplomatischen Korrespondenz von der öffentlichen Debatte *absolut* auszuschliessen.²⁹ Dementsprechend war für den EGMR bei der Interessenabwägung entscheidend, ob die Veröffentlichung des Strategiepapiers wegen dessen Inhalts geeignet war, dem Land einen erheblichen Schaden («un préjudice considérable») zuzufügen. Der EGMR erwog, dass die Publikation von Auszügen aus dem Papier des Botschafters zum damaligen heiklen Zeitpunkt negative Auswirkungen auf die Verhandlungen der Schweiz mit dem Jüdischen Weltkongress und dessen amerikanische Verbündeten haben konnte, und er kam zu Schluss, dass die Veröffentlichung geeignet war, der Schweiz einen erheblichen Schaden zuzufügen.³⁰

C) Bedeutung der berufsethischen Regeln

- 21 Bemerkenswert ist, welche Bedeutung der EGMR in seinen Erwägungen der Meinung des Schweizer Presserats beimisst, der die Artikel in der «SonntagsZeitung» von sich aus aufgegriffen und am 4. März 1997 eine Stellungnahme dazu verabschiedet hatte. Darin hielt der Presserat im Ergebnis fest, dass die «SonntagsZeitung» durch eine «verkürzte Darstellung und ungenügende Einordnung des Strategiepapiers die Ansichten Jagmettis auf

23 Entscheid Stoll, § 110.

24 Entscheid Stoll, § 102 f.

25 Entscheid Bédat, § 50.

26 Vgl. dazu Entscheid Stoll, § 14 ff.

27 Vgl. BGE 126 IV 236 zum Verfahren in der Schweiz.

28 Entscheid Stoll, § 118 – 124.

29 Entscheid Stoll, § 127.

30 Entscheid Stoll, § 129 – 136.

unverantwortliche Weise dramatisiert und skandalisiert» hatte. «Sie hat damit die ‚Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten‘ verletzt, indem sie wichtige Elemente der Information unterschlagen hat (Ziff. 3 der Pflichten)»³¹. Im Entscheid Stoll gibt der EGMR die Erwägungen der Schweizer Presserat, auf die sich auch die Schweizer Regierung berufen hatte, zu einem grossen Teil wörtlich wieder.³² Bei der Beurteilung von Form und Gehalt der Artikel schliesst sich der EGMR ausdrücklich der Meinung des Presserats an, wonach der Journalist nicht in erster Linie die Absicht hatte, die Öffentlichkeit über ein Thema von öffentlichem Interesse zu informieren, sondern vielmehr aus dem Bericht des Botschafters einen unnötigen Skandal machen wollte. Dies habe die Relevanz der strittigen Artikel, einen Beitrag zur öffentlichen Debatte zu leisten, erheblich reduziert.³³

Auch im Entscheid Bédat verweist der EGMR unter «Inländisches Recht und Praxis» auf zwei Richtlinien des Schweizer Presserats³⁴: auf die Richtlinie 3.8 (Anhörung bei schweren Vorwürfen) und auf die Richtlinie 7.2 (Identifizierung).³⁵ Die beiden Richtlinien werden in den Erwägungen aber nicht speziell aufgegriffen. 22

D) Keine Abschreckungswirkung

Schliesslich qualifizierte der EGMR die dem Journalisten Stoll auferlegte Busse von 800 Franken als relativ gering und nicht unverhältnismässig. Er sah darin offenbar auch keine Gefahr, dass sie sich auf die Aufgabe der Presse als «chien de garde» abschreckend auswirken könnte.³⁶ 23

4. Entscheid Bédat

A) Keine Verletzung von Art. 10 EMRK

Am 15. Oktober 2003 erschien in der Zeitschrift «L'illustré» unter dem Titel «Drame du Grand-Pont à Lausanne – la version du chauffard – l'interrogatoire du conducteur fou» ein Artikel, der sich mit einem schrecklichen Autounfall befasste: Ein Automobilist raste in Fussgänger hinein und stürzte anschliessend mit dem Auto über die Lausanner Brücke Grand-Pont. Drei Menschen starben, acht wurden verletzt. Im Artikel veröffentlichte der Verfasser Auszüge aus den Protokollen der Einvernahmen, die mit dem verhafteten Autofahrer im Untersuchungsverfahren durchgeführt worden waren, sowie Fotos von Briefen, die dieser dem Untersuchungsrichter gesandt hatte. Der Artikel enthielt auch Äusserungen der Ehefrau und des Arztes des beschuldigten Unfallverursachers.³⁷ In der Folge wurde der Verfasser des Zeitschriftenartikels wegen Verstosses gegen Art. 293 StGB letztinstanzlich zu einer Busse von 4'000 Franken verurteilt.³⁸ Mit Entscheid vom 1. Juli 2014 stellte eine Kammer der zweiten Abteilung des EGMR mit vier zu drei Stimmen fest, dass die Schweiz durch diese Verurteilung Art. 10 EMRK verletzt hatte. Die Schweizer Regierung zog diesen Entscheid an die Grosse Kammer des EGMR weiter. Diese entschied am 29. März 2016, dass die Verurteilung des Schweizer Journalisten Art. 10 EMRK *nicht* verletzt. 24

B) Bedeutung von Inhalt und Form der Publikation

Bezüglich des Inhalts des Artikels sah die Grosse Kammer (im Folgenden nur noch «EGMR») keine triftigen Gründe, die (auszugsweise zitierte) ausführliche Beurteilung des Bundesgerichts in Frage zu stellen. Der EGMR hielt fest, dass der Artikel in einem fast mokierenden Ton ein sehr negatives Bild des Beschuldigten zeichne. Sowohl die Titel des Artikels als auch das Bild des Beschuldigten in Grossaufnahme liessen keinen Zweifel daran, dass der Journalist seinem Artikel einen sensationellen Ansatz geben wollte. Zudem habe er im Artikel die Hohlheit («vacuité») der Aussagen des Beschuldigten und deren Widersprüchlichkeit hervorgehoben und oft als wiederholte Lügen bezeichnet, verbunden mit der Frage, ob der Beschuldigte mit dieser Mischung aus Naivität und Arroganz alles tue, damit er nicht verteidigt werden könne. Dies seien genau diejenigen Fragen, welche die Justizbehörden sowohl im Untersuchungs- als auch im Gerichtsverfahren zu beantworten verpflichtet waren.³⁹ 25

C) Bedeutung von Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 EMRK

In seinen Erwägungen zu den allgemeinen Grundsätzen weist der EGMR daraufhin, dass die Medien bei ihrer Berichterstattung über Gerichtsverfahren das in Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerte Recht auf ein faires Verfahren, 26

31 Stellungnahme 1/97: Veröffentlichung vertraulicher Informationen (Jagmetti/'SonntagsZeitung') vom 4. März 1997, <http://www.presserat.ch/9701.htm> (28. Juni 2016).

32 Entscheid Stoll, § 24.

33 Entscheid Stoll, § 151 f.

34 Entscheid Bédat, § 20.

35 Vgl. den Wortlaut der Richtlinien unter http://presserat.ch/Documents/Richtlinien_2015.pdf (28. Juni 2016).

36 Entscheid Stoll, § 157 – 161.

37 Vgl. Entscheid Bédat, § 8 ff.

38 BGer, 29.4.2006, 6P.153/2006.

39 Entscheid Bédat, § 59 – 61.

ein unbefangenes Gericht und die Unschuldsvermutung zu berücksichtigen haben.⁴⁰ Was das in Art. 8 EMRK verankerte (von der Schweizer Regierung angerufene) Recht des beschuldigten Unfallverursachers auf Schutz des Privatlebens betrifft, hielt der EGMR fest, dass dieses den gleichen Respekt verdiene, wie das vom Journalisten unter Art. 10 EMRK angerufene Recht. Die beiden Rechte müssten gegeneinander abgewogen werden.⁴¹

27 Grundsätzlich anerkannte der EGMR, dass die Strafuntersuchung des Unfalls an der Grand-Pont eine Angelegenheit des öffentlichen Interesses war. Die Publikation der Einvernahmeprotokolle und der Briefe des Beschuldigten an den Untersuchungsrichter habe aber keine relevanten Erkenntnisse für die öffentliche Debatte geliefert. Vielmehr sei das Interesse des Publikums mit der Befriedigung einer ungesunden Neugierde gleichgesetzt worden.⁴²

28 Wie das Bundesgericht kam auch der EGMR zum Schluss, dass die Veröffentlichung der Dokumente aus dem Untersuchungsverfahren geeignet war, die Entscheide der Untersuchungsbehörde und des Gerichts zu beeinflussen. Dabei sei unerheblich, ob es tatsächlich zu einer Beeinflussung kam oder nicht.⁴³

29 Ferner erwog der EGMR, dass Art. 8 EMRK den Staat verpflichte, aktiv für den Schutz des Privatlebens von Beschuldigten in Strafverfahren zu sorgen. Dementsprechend sei das gegen den Journalisten wegen Verstosses gegen Art. 293 StGB eingeleitete Strafverfahren konform mit Art. 8 EMRK. Die vom Journalisten zur Person des beschuldigten Unfallverursachers publizierten persönlichen Informationen verdienten den höchsten Schutz unter Art. 8 EMRK, zumal dieser keine öffentliche Figur war, die sich freiwillig in der Öffentlichkeit exponiert habe. Die Tatsache, dass sich der Beschuldigte selber nicht gegen die Publikation gewehrt habe, entbinde den Staat nicht von der aktiven Verpflichtung zum Schutz beschuldigter Personen, die sich aus Art. 8 EMRK ergebe. Zudem sei der Beschuldigte damals in einer Situation der Wehrlosigkeit gewesen, habe wahrscheinlich von der Publikation gar nichts gewusst und habe psychische Probleme gehabt.⁴⁴

D) Keine Abschreckungswirkung

30 Die Busse von 4'000 Franken, zu welcher der Journalist verurteilt worden war, erachtete der EGMR nicht als unverhältnismässig. Zum einen sei der Betrag von der Arbeitgeberin des Journalisten vorgeschossen worden, zum andern sei die Busse wegen einer Verletzung des Untersuchungsgeheimnis erlassen worden, das den Zweck habe, das korrekte Funktionieren des Justizsystems sowie das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren und auf Respektierung seines Privatlebens zu schützen. Die Busse könne weder auf den verurteilten Journalisten noch auf andere Medienschaffende, welche über hängige Strafverfahren berichten wollen, eine abschreckende Wirkung haben.⁴⁵

E) Missachtung des Schutzzweckes

31 Bemerkenswert ist, dass in den Erwägungen des EGMR der Schutzzweck des Art. 293 StGB – nämlich den Prozess der Entscheidungsfindung der staatlichen Organe vor Störungen zu schützen – nicht allein massgebend war, sondern dass dem Schutz der Persönlichkeit des beschuldigten Unfallverursachers eine mindestens ebenso entscheidende Bedeutung beigemessen wurde. Art. 293 StGB wurde aber nicht zum Schutz von an Strafverfahren beteiligten Personen geschaffen. Es erscheint deshalb fragwürdig, den Schutzzweck von Art. 293 StGB zu missachten und die Bestrafung eines Journalisten auch noch mit Gründen zu rechtfertigen, die ausserhalb des Schutzzwecks der Strafnorm liegen, die verletzt wurde. Dies gilt umso mehr, als der EGMR im Fall Bédat zum Schluss kam, dass der Artikel geeignet war, das Untersuchungs- und das Gerichtsverfahren zu beeinflussen. Diese Begründung hätte allein schon ausgereicht, eine Verletzung vom Art. 10 EMRK zu verneinen.

V. Revisionsbestrebungen

1. Vorschlag des Bundesrats 1996

32 Im Jahr 1996 legte der Bundesrat dem Parlament eine Botschaft zur Änderung des Medienstraf- und Verfahrensrechts vor. Darin schlug er u.a. die ersatzlose Aufhebung des Art. 293 StGB vor.⁴⁶ Er begründete diesen Vorschlag damit, dass es unbillig sei, den Journalisten, der vertrauliche Informationen veröffentliche, zu bestrafen,

40 Entscheid Bédat, § 51.

41 Entscheid Bédat, § 52.

42 Entscheid Bédat, § 64 f.

43 Entscheid Bédat § 68 – 71.

44 Entscheid Bédat, § 74 – 78.

45 Entscheid Bédat, § 79 – 81.

46 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht) vom 17. Juni 1996, BBl 525 – 579.

während der Beamte oder Behördenvertreter, der ihm die Publikation überhaupt erst ermöglicht habe, regelmässig straflos ausgehe, da seine Identität nicht ermittelt werden könne oder da er unter Immunität stehe.⁴⁷

Die Eidgenössischen Räte lehnten die Streichung am 19. März 1997 bzw. am 12. Juni 1997 knapp ab (nachdem am 26. Januar 1997 in der «Sonntagszeitung» die Artikel über das Strategiepapier des Botschafters Jagmetti erschienen waren). Hingegen ergänzte das Parlament Art. 293 StGB mit einem neuen Abs. 3, wonach der Richter von jeglicher Strafe absehen kann, «wenn das an die Öffentlichkeit gebrachte Geheimnis von geringer Bedeutung ist»⁴⁸.

Im Nachgang zum Entscheid Stoll des EGMR erachtete der Bundesrat die Aufhebung von Art. 293 StGB als keine angemessene Lösung mehr.⁴⁹

2. Parlamentarische Initiative Lang

Am 30. September 2011 reichte der damalige Nationalrat Josef Lang eine parlamentarische Initiative «Aufhebung von Art. 293 StGB» ein.⁵⁰ Die Rechtskommission des Nationalrats kam bei der Behandlung des Vorstosses zum Schluss, es sei nicht verantwortbar, Art. 293 StGB in seiner jetzigen Form beizubehalten. Sie sah zwei Möglichkeiten, die Vereinbarkeit von Art. 293 StGB mit den «Vorgaben» des EGMR in Einklang zu bringen: entweder durch Aufhebung oder durch Anpassung.⁵¹ Dementsprechend verabschiedete die Kommission zwei Varianten und schickte diese in die Vernehmlassung. Eine Minderheit der Kommission sprach sich für die ersatzlose Aufhebung aus, während die Mehrheit die folgende Änderung vorschlug⁵²:

«~~Wer, ohne dazu berechtigt zu sein, 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.~~

²Die Gehilfenschaft ist strafbar.

³~~Der Richter kann von jeglicher Strafe absehen, wenn das an die Öffentlichkeit gebrachte Geheimnis von geringer Bedeutung ist. Die Handlung ist nicht strafbar, wenn der Veröffentlichung kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegenstanden hat.~~

Laut Kommission wird das geltende Recht in Abs. 1 nicht geändert. Es soll weiterhin das formelle Geheimnis geschützt werden. Die wesentliche Änderung erfolgt mit dem neuen Abs. 3: Der Strafbefreiungsgrund wird durch einen *Straflosigkeitgrund* ersetzt. Die Veröffentlichung des Geheimnisses soll nicht mehr strafbar sein, «wenn ihr kein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse entgegenstand». Damit soll Art. 293 StGB u.a. auch mit den «Prinzipien des EGMR» in Einklang gebracht werden.⁵³ Warum die Kommission in ihrem Entwurf nicht die Wendung «kein Geheimhaltungsinteresse» gewählt hat, sondern die Formulierung «kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse» verwendet, ist auf Anhieb nicht ersichtlich. Jedenfalls tut es der Verständlichkeit des neuen Absatzes Abbruch.

Die Vernehmlassung zu diesen Vorschlägen wurde am 31. März 2015 abgeschlossen. Die Rechtskommission des Nationalrats wird die Vernehmlassungsergebnisse wohl demnächst publizieren und über das weitere Vorgehen entscheiden.

V. Fazit

1. Verpönte Sensationalismus

Es fällt auf, dass der EGMR sowohl im Entscheid Stoll als auch im Entscheid Bédat feststellte, dass die Verfasser nicht in erster Linie über ein Thema des öffentlichen Interesses informieren, sondern daraus einen Skandal bzw. eine Sensation machen wollten. Diese Einschätzung hat meines Erachtens entscheidend dazu beigetragen, dass der EGMR die Bestrafung der Journalisten im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK als gerechtfertigt erachtete.

Es wird deshalb interessant sein, wie der EGMR in einem weiteren bei ihm pendenten Fall, der Art. 293 StGB

47 BBl 1996 IV 564.

48 Vgl. dazu den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats zur Parlamentarischen Initiative «Aufhebung von Art. 293 StGB» vom 13. November 2014, <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/11-489/Documents/bericht-rk-n-11-489-2014-12-08-d.pdf> (28. Juni 2016), 3 (im Folgenden nur noch «Bericht der Kommission»).

49 Vgl. <https://www.news.admin.ch/message/?lang=de&msg-id=18609> (28. Juni 2016).

50 Vgl. http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20110489 (28. Juni 2016).

51 Bericht der Kommission (Fn. 48), 7 f.

52 Vgl. Vorentwurf: <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/erlass-rk-n-11-489-2014-12-08-d.pdf> (28. Juni 2016).

53 Bericht der Kommission (Fn. 48), 9.

betrifft, entscheiden wird. Unter dem Titel «Schelte für den Bundesanwalt» erschien in der «NZZ am Sonntag» vom 5. April 2009 ein Artikel, in dem Zitate aus einem Sitzungsprotokoll einer Subkommission der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats publiziert wurden, darunter negative Äusserungen von Bundesrätin Eveline Widmer Schlumpf über den damaligen Bundesanwalt. Der Verfasser des Artikels wurde vom Bezirksgericht Zürich zu einer Busse von 400 Franken verurteilt. Sowohl das Obergericht des Kantons Zürich als auch das Bundesgericht haben die Bestrafung bestätigt.⁵⁴ Aufmachung und Tonalität des Artikels waren in keinem Urteil ein Thema. Im Gegenteil: Das Bezirksgericht attestierte dem Verfasser im Urteil vom 9. März 2011, den Artikel in «sehr sachlichem Stil» verfasst zu haben.

2. Interessenabwägung als Risiko

- ⁴⁰ Art. 293 StGB ist seit Jahrzehnten umstritten. In erster Linie, weil es in der Tat unbillig ist, dass nur diejenige Person, welche als geheim erklärte Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen publiziert, bestraft wird – während die Person, die das Geheimnis verraten hat, in der Regel nicht belangt werden kann, weil ihre Identität nicht ermittelt werden kann oder weil sie Immunität geniesst. Der zweite Grund entbehrt nicht einer gewissen Ironie, sind es doch zum Beispiel auf Bundesebene oft Mitglieder des Parlaments, welche geheime Informationen an Medienschaffende weitergeben (sogenannte Indiskretionen begehen) – meistens im Wissen darum, dass sie eine Amtsgeheimnisverletzung begehen und wohl stets im Vertrauen darauf, dass ihnen das Parlament Immunität gewähren wird, sollte man ihnen wider Erwarten auf die Spur kommen. Vor allem aber dürfen die Geheimnislieferanten damit rechnen, dass die Medienschaffenden ihre Identität nicht preisgeben, sondern sich auf den Quellenschutz berufen und von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 28a StGB) Gebrauch machen werden.
- ⁴¹ Die heutige Fassung von Art. 293 StGB ist auch deshalb umstritten, weil das Bundesgericht am formellen Geheimnisbegriff festhält, der Rechtsprechung des EGMR aber ein materieller Geheimnisbegriff zugrunde liegt. Das Bundesgericht scheint zwar zu versuchen, diese Situation mit einem Spagat zu entschärfen, indem es zwar von seiner formellen Betrachtungsweise nicht abrückt, aber dennoch eine Abwägung des öffentlichen Informationsinteresses und des staatlichen Geheimhaltungsinteresses vornimmt.
- ⁴² Trotzdem stellt sich die Frage, ob es nicht doch am formellen Geheimnisbegriff lag, dass das Bundesgericht im Fall des Chefredaktors des «Tages-Anzeigers» die vorinstanzlichen Freisprüche als bundesrechtswidrig qualifizierte und sie aufhob. Diese Frage ist zu verneinen, denn die Vorinstanz, das Obergericht des Kantons Zürich, hat den objektiven und den subjektiven Tatbestand als ohne weiteres erfüllt erachtet, jedoch im Ergebnis – trotz der strengen Voraussetzungen⁵⁵ – den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter öffentlicher Interessen bejaht – also keine Interessenabwägung im Sinne des EGMR vorgenommen.⁵⁶
- ⁴³ Hingegen ist festzustellen, dass der EGMR in beiden Fällen, in denen er über Art. 293 StGB zu befinden hatte (Entscheidung Stoll und Bédat), die Urteile des Bundesgerichts im Ergebnis bestätigt und die Bestrafung der Journalisten als EMRK-konform qualifiziert hat. Im Entscheid Bédat hat er streckenweise sogar einzelnen Erwägungen des Bundesgerichts zugestimmt. Deshalb lässt sich nach dem heutigen Stand nicht sagen, das Bundesgericht urteile strenger als der EGMR.
- ⁴⁴ Dennoch ist es erforderlich, Art. 293 StGB in Einklang mit Art. 10 Abs. 2 EMRK bzw. mit den daraus abgeleiteten Grundsätzen des EGMR zu bringen, wie dies die Mehrheit der nationalrätlichen Rechtskommission vorschlägt. Für die Medienschaffenden dürfte sich damit allerdings kaum etwas ändern. Sie müssen weiterhin vor der Veröffentlichung von geheimen oder vertraulichen Informationen abwägen, ob das Geheimhaltungsinteresse oder das öffentliche Informationsinteresse überwiegt – und damit das Risiko eingehen, bestraft zu werden, wenn die Gerichte sich später für das Überwiegen des Geheimhaltungsinteresses aussprechen. Da den Gerichtsinstanzen bei der Interessenabwägung ein grosser Ermessensspielraum zusteht, ist dieses Risiko hoch, zumal es im Verlauf eines Instanzenzugs zu unterschiedlichen Urteilen kommen kann. Man denke nur an den eingangs genannten Fall des Chefredaktors des «Tages-Anzeigers» (Aufhebung der Freisprüche der Vorinstanzen durch das Bundesgericht), aber auch an die Entscheide Stoll und Bédat: In beiden Fällen erblickten die (kleinen) Kammern einen Verstoß gegen Art. 10 EMRK, die Grosse Kammer sah es jedoch anders.
- ⁴⁵ Diesem hohen Risiko ist ein Abschreckungseffekt inhärent, der zur Folge haben könnte, dass die Medien über kurz oder lang ihre Aufgabe als «chien de garde» im Sinne des EGMR nicht mehr vollumfänglich wahrnehmen.⁵⁷ Dem könnte durch die ersatzlose Aufhebung von Art. 293 StGB, wie sie die Minderheit der nationalrätlichen Rechtskommission vorschlägt, entgegengetreten werden.

⁵⁴ BGer, 11.1.2013, 6B_186/2012.

⁵⁵ Vgl. Ziff. II 3 C vorne.

⁵⁶ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Oktober 2015, SU150016-O.

⁵⁷ Vgl. dazu Entscheid Stoll, § 110 sowie Entscheid des EGMR i.S. Christine Goodwin c. Royaume-Uni vom 27. März 1996, Requête 28957, § 39.

Zusammenfassung Art. 293 StGB lässt keine Abwägung des Geheimhaltungs- und des öffentlichen Informationsinteresses gemäss den Grundsätzen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts steht aber nicht im Widerspruch zu den Ergebnissen in den Entscheiden Stoll und Bédat des EGMR. Der grosse Ermessensspielraum der Gerichte bei der Interessenabwägung ist für die Medienschaffenden ein Risikofaktor, der dazu führen könnte, dass die Medien ihre Aufgabe als «chien de garde» im Sinne des EGMR nicht mehr vollumfänglich wahrnehmen. Dem könnte mit der ersatzlosen Aufhebung von Art. 293 StGB, die zurzeit zur Debatte steht, entgegengetreten werden.

Viktor Györffy, lic iur., Rechtsanwalt, Peyrot Schlegel Györffy Rechtsanwälte, Zürich
gyoerffy@psg-law.ch¹

Quellenschutz im Strafprozess

Mangelhafte Reichweite des gesetzgeberischen Konzepts

Résumé L'importance de la protection des sources, en tant que condition essentielle et pierre angulaire de la liberté de la presse, est unanimement reconnue. La protection des sources est un principe ancré de manière constante dans les jurisprudences du Tribunal fédéral et des organes de la CEDH. Toutefois, en ce qui concerne la mise en œuvre concrète de la protection des sources dans le procès pénal, des disparités et des lacunes subsistent, notamment concernant les saisies et les mesures de surveillance secrètes. Dans la pratique, la protection des sources ne sera prise en considération que dans les cas pour lesquels elle est justifiée. Le processus législatif ne peut empêcher, dans certaines situations, la connaissance des dénonciations aux autorités de poursuite pénale, des cas qui relèvent de la protection des sources.

I. Grundrechtliches Fundament und Bedeutung des Quellenschutzes

1. Quellenschutz im digitalen Zeitalter

Quellenschutz ist essenziell für die journalistische Tätigkeit. Die Bedeutung der journalistischen Tätigkeit¹ und der Stellenwert des Quellenschutzes werden von Lehre und Rechtsprechung im Prinzip anerkannt. Eine andere Frage ist aber, in wie weit der Quellenschutz in der Praxis effektiv gewährleistet werden kann. Mit der zunehmenden Digitalisierung fallen immer grössere Datenmengen an. Kommunikation und Informationsbearbeitung hinterlassen Datenspuren und können mit technischen Mitteln überwacht werden. Das gilt auch für die journalistische Arbeit. Diese steht jedoch unter besonderem Schutz. Damit steht der Staat vor der Herausforderung, die Überwachungskompetenzen gesetzlich so zu regeln und in der Praxis so umzusetzen, dass der Quellenschutz nicht untergraben wird. Die bestehenden gesetzlichen Konzepte werden dem nicht durchwegs gerecht, und auch in der Praxis treten Lücken auf.

2. Praxis des EGMR und des Bundesgerichts

Der Schutz journalistischer Quellen wird vom EGMR und vom Bundesgericht als Grundbedingung und Eckpfeiler der Medienfreiheit anerkannt.² Die Praxis des EGMR stützt sich dabei auf die Freiheit der Meinungsäusserung,³ die Praxis des Bundesgerichts überdies auf das Redaktionsgeheimnis.⁴ Geschützt ist namentlich die Identität des Autors sowie Inhalt und Quelle der Information.⁵ Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler und Wächter nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informanten abschrecken (chilling

1 Interessenbindung des Autors: Der Autor vertritt mehrere Personen, darunter Journalisten, die in einem beim Bundesverwaltungsgericht hängigen Verfahren die Löschung ihrer Vorratsdatenspeicherung gemäss Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) verlangen, sowie den in BGE 140 IV 108 erwähnten Bankangestellten.

2 EGMR, 27.3.1996, Goodwin v. The United Kingdom (GC), 17488/90; EGMR, 22.11.2007, Voskuil v. The Netherlands, 64752/01; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 472 f.; Basler-Komm/Zeller, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; Donatsch, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 4.

3 Art. 10 EMRK; Art. 19 des internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR).

4 Art. 17 Abs. 3 BV.

5 Donatsch (Fn. 2), Art. 172 N 2 f.

effect).⁶ Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.

- 3 Gemäss Strassburger Praxis vermögen nur zwingende Gründe des öffentlichen Interesses die Aufhebung des Redaktionsgeheimnisses zu rechtfertigen. Es ist jedenfalls ein überwiegendes öffentliches Interesse erforderlich. Nach der Praxis des Bundesgerichts bedarf die Offenbarungspflicht ausserordentlicher Umstände.⁷

II. Strafprozessuale Umsetzung

1. Gesetzgeberisches Konzept

A) Zeugnisverweigerungsrecht als Grundlage

- 4 Der Gesetzgeber hat im StGB und in der StPO eine Reihe von Vorschriften verankert, damit Journalisten oder ihre Quellen den ihnen zustehenden Schutz vor strafprozessualen Massnahmen erhalten. Diese bauen auf dem Zeugnisverweigerungsrecht auf, welches mit Art. 28a StGB und Art. 172 StPO gewährleistet wird. Demnach können Personen, die sich beruflich mit der Veröffentlichung von Informationen im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums befassen, sowie ihre Hilfspersonen das Zeugnis über die Identität der Autorin oder des Autors oder über Inhalt und Quellen ihrer Informationen verweigern. Nachdem der Quellenschutz auch durch Zwangsmassnahmen im Strafverfahren tangiert sein kann, braucht es weitere Vorschriften in Bezug auf die jeweiligen Zwangsmassnahmen.

B) Übertragung auf Beschlagnahme und Überwachungsmassnahmen

a) Beschlagnahme

- 5 Eine Zwangsmassnahme, die für einen Journalisten mindestens ebenso gravierend sein kann wie eine Zeugnispflicht, ist die Beschlagnahme. Art. 264 Abs. 1 StPO lit. c postuliert ein Beschlagnahmeverbot für Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr der beschuldigten Person mit Personen, die nach den Artikeln 170-173 StPO das Zeugnis verweigern können und im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigt sind.

b) Geheime Überwachungsmassnahmen

- 6 Im Weiteren können Journalisten von geheimen Überwachungsmassnahmen betroffen sein. Bei der Überwachung einer Person, die einer in den Artikeln 170-173 StPO genannten Berufsgruppe angehört, sind gemäss Art. 271 StPO Informationen, die mit dem Gegenstand der Ermittlungen und dem Grund, aus dem diese Person überwacht wird, nicht in Zusammenhang stehen, unter der Leitung eines Gerichtes auszusondern. Dabei dürfen der Strafverfolgungsbehörde keine Berufsgeheimnisse zur Kenntnis gelangen.

C) Problematik des gesetzgeberischen Konzepts

- 7 Auf diese Weise soll nach dem Konzept des Gesetzgebers der Quellenschutz bei der Durchführung von Strafverfahren gewährleistet sein. Gesetzgebungstechnisch wird dem Medienschaffenden zur Wahrung des Quellenschutzes ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt. Der Schutz des Quellenschutzes vor Beschlagnahme und Überwachung knüpft sodann an das Zeugnisverweigerungsrecht an. Damit ist jedoch das Problem, dass der Quellenschutz durch Beschlagnahme und Überwachungsmassnahmen vereitelt werden kann, nicht ausreichend gelöst. Der gesetzgeberische Ansatz greift zu kurz. Er trägt dem Umstand nicht genügend Rechnung, dass bei Beschlagnahme und Überwachung Informationen alleine durch das Vorgehen der Strafverfolgungsbehörde in ihre Sphäre gelangen können. Beim Zeugnisverweigerungsrecht ist dies nicht so. Hier kann der angerufene Zeuge einfach durch Schweigen verhindern, dass Informationen offen gelegt werden. Mit der Beschlagnahme verschafft sich die Strafverfolgungsbehörde das zu beschlagnahmende Gut. Die Überwachung erfolgt heimlich. Hierbei den Quellenschutz zu gewährleisten erscheint um einiges anforderungsreicher.
- 8 Wird der Journalist als Zeuge vorgeladen, so steht er als Person im Fokus der Strafverfolgungsbehörden, und die gewünschten Informationen sind bei ihm. Er hat es in der Hand, den Strafverfolgungsbehörden Informationen nicht zu offenbaren, soweit er sich auf den Quellenschutz stützen kann. Tut er dies, so gelangt sein Wissen, soweit es sich auf den Inhalt der von der Quelle stammenden Informationen und auf die Person der Quelle bezieht, nicht ins Strafverfahren. Soweit Zwangsmassnahmen den Quellenschutz tangieren, ist die Problematik komplexer.

6 BaslerKomm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; Müller/Schefer (Fn. 2), 472 f.; EGMR Goodwin v. The United Kingdom (Fn. 2); EGMR Voskuil v. The Netherlands (Fn. 2).

7 BaslerKomm/Bommer/Donatsch, Art. 172 StPO, N 4; EGMR Goodwin v. The United Kingdom (Fn. 2); EGMR, 15.12.2009, Financial Times LTD u.a. v. The United Kingdom, 821/03; BGE 132 I 185.

2. Gewährleistung des Quellenschutzes bei Beschlagnahmen

A) Beschlagnahmeverbot

Gemäss Art. 264 StPO dürfen Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr der beschuldigten Person mit Personen, die nach den Artikeln 170–173 StPO das Zeugnis verweigern können, nicht beschlagnahmt werden. Dieses Beschlagnahmeverbot ist somit u.a. als Schutzmechanismus für den Quellenschutz gedacht und soll der Gewährleistung des Redaktionsgeheimnisses dienen. Es erstreckt sich insoweit auf Unterlagen, die auf den Autor, den Inhalt oder die Quelle einer Information hinweisen.⁸ Die Strassburger Praxis hebt hervor, dass Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen bei Medienschaffenden aus Sicht der Medienfreiheit noch problematischer sind als die Pflicht zur Zeugenaussage, da sie den Behörden den Zugriff auf sämtliche Arbeitsunterlagen der betroffenen Medienschaffenden ermöglichen.⁹

B) Gewährleistung durch Siegelung nach Beschlagnahme

Auch wenn die zu beschlagnahmenden Unterlagen unter ein Berufsgeheimnis fallen, haben Beschuldigte, zeugnisverweigernde Geheimnisträger und Dritte eine Pflicht, Durchsuchungen und Beschlagnahmen zu dulden. Dem Schutz des Berufsgeheimnisses dient das Institut der Siegelung gemäss Art. 248 StPO:¹⁰ Macht eine berechtigte Person geltend, eine Beschlagnahme von Gegenständen und Vermögenswerten sei wegen eines Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechts oder aus anderen Gründen nicht zulässig, so gehen die Strafbehörden nach den Vorschriften über die Siegelung vor (Art. 264 Abs. 3 StPO).

C) Beschlagnahmeverbot im Fall der Beschlagnahme bei der beschuldigten Person

Das Beschlagnahmeverbot gilt gemäss Wortlaut von Art. 264 Abs. 1 StPO ungeachtet des Ortes, wo sich die zu beschlagnahmenden Unterlagen befinden, und des Zeitpunktes, in welchem sie geschaffen worden sind. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid die Tragweite dieser Bestimmung in Bezug auf den Quellenschutz klargestellt. Zu entscheiden war, ob das Beschlagnahmeverbot auch Geltung beansprucht, wenn die Gegenstände und Unterlagen, welche aus dem Verkehr zwischen der beschuldigten Person und Journalisten stammen, bei der beschuldigten Person beschlagnahmt werden. Das Bundesgericht hält dafür, unter das Beschlagnahmeverbot würden nicht nur Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr des Beschuldigten mit Journalisten fallen, die sich in deren Gewahrsam befinden, sondern auch solche, die sich im Gewahrsam des Beschuldigten und Dritter befinden. Dass es für das Beschlagnahmeverbot nicht darauf ankommt, wo sich die Gegenstände und Unterlagen befinden, entspreche dem klaren Willen des Gesetzgebers. Der Zweck von Art. 264 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 172 StPO spreche ebenfalls gegen ein Abweichen vom Wortlaut. Erfolge die Kommunikation zwischen dem Informanten und dem Journalisten schriftlich, hinterlasse das Spuren. Dabei werde namentlich beim heute stark zunehmenden E-Mail-Verkehr oft hin- und hergeschrieben. Insoweit sei in der Regel jeweils der gesamte Schriftverkehr zwischen den Beteiligten ersichtlich. Müsste der Informant damit rechnen, dass Inhalte der Kommunikation mit Journalisten bei ihm beschlagnahmt werden, müsste er die E-Mails jeweils sofort löschen. Selbst dann müsste er gewärtigen, dass die Strafverfolgungsbehörden diese gegebenenfalls wiederherstellen könnten. Die Aussicht darauf, dass Inhalte der Kommunikation mit dem Journalisten beim Informanten beschlagnahmt werden könnten, könnte diesen somit davon abhalten, dem Journalisten die Information zukommen zu lassen. Der Informant könne zudem kaum je völlig sicher sein, dass der Journalist Unterlagen, aus denen sich die Quelle der Information ergibt, nicht einem Dritten übergibt. Müsste der Informant damit rechnen, dass die Unterlagen beim Dritten beschlagnahmt werden, könnte ihn das ebenso davon abhalten, die Information dem Journalisten zukommen zu lassen. Dies alles wäre dem Wächteramt der Medien abträglich. Sowohl das Bundesgericht als auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte würden dem Quellenschutz als Eckpfeiler der Pressefreiheit erhebliches Gewicht zumessen. Dies spreche für einen tendenziell weiten Quellenschutz und damit gegen eine einengende Auslegung entgegen dem Wortlaut. Insgesamt bestünden keine triftigen Gründe dafür, ausnahmsweise vom klaren Wortlaut von Art. 264 Abs. 1 StPO abzuweichen.¹¹

D) Wirksamer Quellenschutz durch Beschlagnahmeverbot?

Diese prinzipielle Klärung der Tragweite des Quellenschutzes garantiert für sich alleine noch nicht die praktische Durchsetzung des Quellenschutzes. Werden Gegenstände und Dokumente beim Journalisten beschlagnahmt, so kann er die Siegelung verlangen und ist im daran anschliessenden Entsiegelungsverfahren involviert.

8 Heimgartner, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 2), Art. 264 N 14.

9 Müller/Schefer (Fn. 2), S. 473; EGMR, 23.2.2003, Roemen & Schmit v. Luxembourg, 51772/99

10 Heimgartner, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 2), Art. 264 N 19

11 BGE 140 IV 108

Damit erscheint der Quellenschutz als gewährleistet. Es kann sichergestellt werden, dass Polizei und Staatsanwaltschaft keine Kenntnis von Tatsachen erhalten, die den Quellenschutz beschlagen, einschliesslich der Identität der Quelle.

- 13 Werden Gegenstände beschlagnahmt, welche sich nicht beim Journalisten befinden, so kann nicht einfach dieser die schützende Hand über die entsprechenden Informationen halten. Es liegt dann an der von der Beschlagnahme betroffenen Person, den Strafverfolgungsbehörden und allenfalls am Gericht, für den Quellenschutz besorgt zu sein. Der Journalist bzw. seine Quelle sind darauf angewiesen, dass die von der Beschlagnahme betroffene Person Quellenschutz geltend macht und Siegelung verlangt, oder dass die Strafverfolgungsbehörden von sich aus entscheiden, dem Quellenschutz unterstehendes Material nicht zu verwenden. Es stellen sich hier vergleichbare Probleme wie bei der Verwertung von Daten aus geheimen Überwachungsmaßnahmen (dazu nachstehend Ziff. 3). Insbesondere fehlt ein wirksames Verfahren, in dem sich der Journalist als Drittperson wehren könnte. Zudem wird eine Beschlagnahme nicht notwendigerweise gerichtlich überprüft (anders als bei geheimen Überwachungsmaßnahmen, welche vom Zwangsmassnahmengericht genehmigt werden müssen).
- 14 Die von der Beschlagnahme betroffene Person kann geltend machen, dass der Quellenschutz der Beschlagnahme entgegensteht, und kann die Siegelung verlangen. Tut sie dies, impliziert dies allerdings, dass sich im beschlagnahmten Material Hinweise auf journalistische Quellen und die von diesen gelieferten Informationen befinden. Allein dies kann den Quellenschutz bereits gefährden oder zunichte machen. Ist die von der Beschlagnahme betroffene Person selbst Quelle, so kann eben dieser Umstand nicht verborgen bleiben, wenn der Quellenschutz angerufen werden soll.
- 15 Soweit die Strafverfolgungsbehörden von sich aus entscheiden, Material, das dem Quellenschutz unterliegt, nicht zu verwenden, besteht dieselbe paradoxe Situation: Die Strafverfolgungsbehörde kann dies nicht tun, ohne zumindest gewisse Hinweise auf quellenschutzrelevante Informationen zu haben. Die Situation ist hier noch delikater als etwa beim Schutz des Anwaltsgeheimnisses. Wenn es um den Schutz der Verteidigerkorrespondenz geht, ist allen Beteiligten klar, dass und warum ein Beschlagnahmeverbot besteht.

3. Gewährleistung des Quellenschutzes bei geheimen Überwachungsmaßnahmen

A) Gewährleistung durch Aussonderung unter der Leitung eines Gerichts

- 16 Der Schutz von Berufsgeheimnissen ist sodann bei geheimen Überwachungsmaßnahmen (Art. 269 ff. StPO) zu beachten. Dies soll durch das in Art. 271 StPO vorgesehene Prozedere gewährleistet werden. Bei der Überwachung einer Person, die einer in den Artikeln 170-173 genannten Berufsgruppe angehört, sind Informationen, die mit dem Gegenstand der Ermittlungen und dem Grund, aus dem diese Person überwacht wird, nicht in Zusammenhang stehen, unter der Leitung eines Gerichtes auszusondern. Dabei dürfen der Strafverfolgungsbehörde keine Berufsgeheimnisse zur Kenntnis gelangen. Bei der Überwachung anderer Personen sind Informationen, über welche eine in den Artikeln 170-173 genannte Person das Zeugnis verweigern könnte, aus den Verfahrensakten auszusondern und sofort zu vernichten; sie dürfen nicht verwendet werden. Das Ziel der Bestimmung ist klar: Fallen bei einer geheimem Überwachung Informationen an, die dem Schutz des Berufsgeheimnisses bzw. dem Quellenschutz unterstehen, so sollen diese aus den Strafakten ausgesondert werden. Näher zu untersuchen bleibt, was die vorgesehene Triage unter Leitung des Gerichts als Schutzmechanismus zu leisten vermag.

B) Wirksamer Quellenschutz durch Aussonderung?

- 17 Die Auswertung soll so vorgenommen werden, dass der Strafverfolgungsbehörde keine Berufsgeheimnisse zur Kenntnis gelangen (Art. 271 Abs. 1 StPO). Dies würde voraussetzen, dass die Auswertung der Daten von einer Behörde ausserhalb der Strafverfolgungsbehörden (zu denen nach Art. 12 StPO auch die Polizei gehört) durchgeführt wird. Effektiv haben aber nur die Polizeibehörden Zugriff auf das zentrale System, auf dem die Überwachungsdaten des Dienstes¹² gespeichert sind.¹³ Das im Gesetz formulierte Ziel ist in der Realität insoweit nicht umsetzbar.
- 18 Zu beachten ist auch, dass die Staatsanwaltschaft die geheime Überwachung anordnet und das Zwangsmassnahmengericht erst nachträglich innert 5 Tagen über dessen Zulässigkeit entscheidet (Art. 274 StPO). Daten, die unmittelbar nach der Anordnung anfallen, sind für die Staatsanwaltschaft einsehbar und können von dieser ausgewertet werden. Tangieren die anfallenden Daten den Quellenschutz, ist dieser damit bereits durchbrochen.

12 Lawful Interception System (LIS) des Dienstes Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (Dienst ÜPF).

13 Hansjakob, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 2), Art. 271 N 9.

Es besteht insoweit keine wirksame Garantie gegen die Verwendung von Daten, die dem Quellenschutz unterliegen. Es ist zudem unerfindlich, wie die Strafverfolgungsbehörden die in Echtzeit hereinkommenden Daten für das laufende Strafverfahren nutzen können und dabei gleichzeitig Daten, die dem Quellenschutz unterliegen, nicht zur Kenntnis nehmen sollen. Diese Praxis ist somit mit den vom Bundesgericht und vom EGMR angerufenen Grundrechten nicht vereinbar, sie verletzt die BV und die EMRK.

Die Überwachung laufender Kommunikation läuft immer über sogenannte Direktschaltungen, bei denen das Ergebnis der Überwachung unmittelbar an die Strafverfolgungsbehörden übermittelt wird. Die in Art. 271 Abs. 2 StPO vorgesehene Einschränkung von Direktschaltungen zum Schutz von Berufsgeheimnissen ist nicht umsetzbar, da es technisch nur noch Direktschaltungen gibt. Die Bestimmung von Art. 274 Abs. 4 lit. b StPO, wonach sich das Zwangsmassnahmengericht zur Zulässigkeit von Direktschaltungen äussern muss, ist damit obsolet.¹⁴

Übrig bleibt im Wesentlichen nur noch das Postulat, die Triage so zu organisieren, dass die Strafverfolgungsbehörden nicht während laufendem Triageprozess von Geheimnissen Kenntnis erhalten.¹⁵

Geheimnisgeschützte Informationen, die aus Überwachungen Dritter resultieren, sind ebenfalls auszusondern. Dies betrifft Fälle, in denen Geheimnisträger als Kommunikationspartner der überwachten Person in Erscheinung treten. Die Weiterleitung von Geheimnissen, die durch Art. 170 - 173 geschützt sind, an Dritte ist gleich zu behandeln.¹⁶ Das Gesetz verlangt, dass Informationen, welche geschützte Geheimnisse betreffen, aus den Verfahrensakten ausgesondert und sofort vernichtet werden. Sie dürfen nicht verwendet werden. In Bezug auf die Protokolle des Kommunikationsvorgangs lässt sich dies zweifelsohne umsetzen. Soweit es um die Datenträger geht, ergeben sich Probleme: Das verwendete System lässt die Löschung von einzelnen Kommunikationen nicht ohne Weiteres zu. Grundsätzlich ist die Datenintegrität zu wahren. Der auswertenden Behörde soll es nicht möglich sein, einzelne Gespräche (die auch entlastend sein können) zu löschen. Vielmehr muss nachvollziehbar sein, dass die Überwachungsdaten vollständig sind. Auf Antrag der anordnenden Staatsanwaltschaft ist die Löschung einzelner Kommunikationen möglich. Ein weiteres Problem besteht insoweit, als die überwachte Person ein Interesse haben kann, dass auch Kommunikationsdaten mit Geheimnisträgern Eingang in die Untersuchung finden. Werden solche Daten sofort ausgesondert und vernichtet, dann können sie nicht mehr ins Verfahren eingeführt werden, auch wenn dies die betreffende Person später beantragt. Schliesslich kommt es immer wieder vor, dass Kommunikation teilweise geschützte Geheimnisse betrifft, aber auch Passagen beinhaltet, die verwertbar sind. Die teilweise Löschung einzelner Kommunikationsvorgänge ist allerdings vom System her nicht möglich und wäre auch bedenklich aufgrund der damit verbundenen Missbrauchsgefahr. Etwas entschärft werden könnte die Problematik, wenn die Informationen über Geheimnisse aus den Verfahrensakten ausgesondert, aber bis zur Gewährung der Akteneinsicht noch nicht vernichtet werden.¹⁷

Weil Überwachungsmassnahmen geheim sind, weiss der betroffene Journalist zunächst nichts von diesen. Er wird allenfalls im Nachhinein darüber orientiert, was allerdings auch nicht in jeder Konstellation garantiert ist. Gemäss Art. 279 StPO muss die überwachte Person, sei diese selbst beschuldigt oder sei sie als Drittperson überwacht worden, früher oder später über die Überwachung orientieren. Verbindungspartner der überwachten Person werden praxisgemäss nicht orientiert. Wenn also der Journalist selbst nicht Subjekt der Überwachungsmassnahme ist, in der Überwachung aber Kommunikationsdaten hängen bleiben, die ihn betreffen, etwa als Kommunikationspartner, wird er nicht orientiert. Er hat nach h. L. nicht einmal ein Beschwerderecht, was der Praxis des EGMR widerspricht, gemäss der Gesprächspartner von überwachten Personen Anspruch auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK haben.¹⁸

Wird die Aussonderung durch das Gericht vorgenommen, bevor die Betroffenen über die Überwachung orientiert sind, so ist der Journalist bei der Aussonderung nicht involviert, dies unabhängig davon, ob ihn diese als überwachte Person oder sonstwie betrifft.

In dieser Situation obliegt die Gewährleistung des Quellenschutzes den übrigen Beteiligten, also der mit der Auswertung betrauten Behörde und dem mit der Leitung betrauten Gericht. Es ist keine klare Praxis greifbar, wie das umzusetzen ist. Jedenfalls kann es sich wegen der Relativität von gewissen Zeugnisverweigerungsrechten ergeben, dass die Beschlagnahme anordnende Behörde von Tatsachen Kenntnis erhält, deren Schutz nach Art. 264 Abs. 1 StPO gerade bezweckt ist.¹⁹ Der Wortlaut des Gesetzes (... sind Informationen ... auszusondern) und der Zweck der Bestimmung legt eine Aussonderung von Amtes wegen nahe. Ziel der Triage ist, dass diejenigen Informationen ausgesondert werden, welche schützenswerte Geheimnisse betreffen; der Strafverfolgungsbehörde dür-

14 BaslerKomm/Jean-Richard-Dit-Bressel, Art. 269 StPO N 12, Art. 271 StPO N 10, Art. 274 StPO N 8.

15 BaslerKomm/Jean-Richard-Dit-Bressel, Art. 271 StPO N 10.

16 Hansjakob (Fn. 13), Art. 271 N 14; Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 271 N 9.

17 Hansjakob (Fn. 13), Art. 271 N 15.

18 BaslerKomm/Jean-Richard-Dit-Bressel, Art. 279 StPO N 11; EGMR, 16.2.2000, Amman v. Schweiz, 27798/95.

19 BaslerKomm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 59.

fen gemäss Gesetzestext keine Berufsgeheimnisse zur Kenntnis gelangen.²⁰ Es ist für diese aber nicht unbedingt ersichtlich, dass der Quellenschutz tangiert ist. Im Prinzip würde sich auch die Frage stellen, ob und in wie weit sich der Journalist überhaupt auf den Quellenschutz berufen und eine Aussonderung will. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Strafverfolgungsbehörde auch ohne entsprechendes Ersuchen die Siegelung in jenen Fällen vorzunehmen hat, in denen die berechtigte Person weder ausdrücklich noch konkludent auf die Siegelung verzichtet hat. Daraufhin kann die Behörde ein Entsiegelungsgesuch stellen mit dem Ziel, die Zulässigkeit der Beschlagnahme überprüfen zu lassen, ohne dass die anordnende Behörde selbst vom Inhalt der beschlagnahmten Objekte Kenntnis nehmen muss.²¹

25 Formell stellt sich die Frage, wer berechtigte Person i.S.v. Art. 264 Abs. 3 StPO ist. Gemäss Literatur ist dies die beschuldigte Person. Diese kann eine Siegelung verlangen, und zwar auch dann, wenn die Beschlagnahme von Gegenständen nicht in ihrer Herrschaftssphäre erfolgt ist.²² Diese Auffassung führt folgerichtig dazu, dass bei einer Siegelung von Amtes wegen beachtet wird, was die beschuldigte Person effektiv oder mutmasslich will mit der Folge, dass Beweise nicht zu siegeln sind, soweit die beschuldigte Person auf eine Siegelung verzichtet. Damit kann der Quellenschutz auf der Strecke bleiben, wenn der Journalist nicht selbst beschuldigte Person ist, es sei denn, man misst dem Quellenschutz ein öffentliches Interesse zu, dem auch von Amtes wegen zum Durchbruch verholfen werden muss. Materiell liesse sich aufgrund der Bedeutung des Quellenschutzes und aufgrund des in Art. 264 Abs. 1 StPO verankerten Beschlagnahmeverbotes durchaus so argumentieren. Formell liegt es aber primär in der Hand der beschuldigten Person, ob sie eine Siegelung verlangt oder nicht. Zudem sind auch die Verteidigungsrechte der angeschuldigten Person zu beachten. Diese kann als primäres Verfahrensobjekt nicht einfach übergangen werden, wenn sie keine Siegelung wünscht.

26 Davon abgesehen lässt sich die Problematik nur schon deshalb nicht vollständig lösen, als die Behörde überhaupt einmal realisieren muss, dass ein Zeugnisverweigerungsrecht tangiert sein könnte. Hierfür muss sie gewisse Kenntnis über den Inhalt der beschlagnahmten Objekte haben, was gerade beim Quellenschutz sehr heikel ist.

27 Zureichend wäre das Prozedere zur Garantie des Quellenschutzes nur, wenn der Journalist bei der Entscheidung darüber, ob ein Beweisverwertungsverbot vorliegt, involviert wäre. Die materiellen Grundsätze allein bieten keine durchgehende Garantie, zumal keine Gewähr dafür besteht, dass die Strafverfolgungsbehörden das Beweisverwertungsverbot erkennen und ihm zur Durchsetzung verhelfen.

III. Schutz vor Verwertung unzulässig beschaffter Daten: Der Fall Ritzmann als Beispiel

1. Datenerhebung ohne konkreten Tatverdacht

28 Die praktische Relevanz der Problematik lässt sich an Hand des Strafverfahrens gegen Iris Ritzmann verdeutlichen: Im Zuge der Mörgeli-Affäre erstattete die Universität Zürich Anzeige gegen Unbekannt, nachdem kritische Medienartikel über die Tätigkeit von Christoph Mörgeli erschienen waren. Darin wurden u.a. zwei Berichte erwähnt. Die Staatsanwaltschaft war der Auffassung, es handle sich um universitätsinterne und geheime Berichte, die Übergabe dieser Berichte an Journalisten stelle eine Amtsgeheimnisverletzung dar, und eröffnete ein Strafverfahren. In diesem Strafverfahren liess die Staatsanwaltschaft u.a. von der Universität Beweismittel zusammentragen. Auf entsprechende Ersuchen der Staatsanwaltschaft prüfte die Universität Zürich sämtliche universitären festen und mobilen Telefonanschlüsse im vorgegebenen Zeitraum sowie die E-Mail-Adressen aller Angehörigen (einschliesslich der Studenten) für denselben Zeitraum bezüglich Kontakten mit Telefonnummern und E-Mail-Adressen von mehreren Journalisten und Zeitungen und übermittelte die dabei aufgefundenen Randdaten elektronisch der Staatsanwaltschaft. Analoge Datenerhebungen wurden vom Hochschulamt durchgeführt. Die Datenerhebungen wurden durchgeführt, ohne dass ein konkreter Tatverdacht gegen eine bestimmte Person vorgelegen hätte. Die Auswertung der gewonnenen Daten führte dazu, dass die Staatsanwaltschaft ein polizeiliches Ermittlungsverfahren gegen Iris Ritzmann und ihren Ehemann einleitete, Hausdurchsuchungen durchführte und schliesslich Anklage gegen Iris Ritzmann erhob wegen mehrfacher Verletzung des Amtsgeheimnisses.

20 Hansjakob (Fn. 13), Art. 271 N 8.

21 BaslerKomm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 59 f.

22 BaslerKomm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 58.

2. Folge: Beweisverwertungsverbot

Sowohl das Bezirksgericht Zürich als auch das Obergericht des Kantons Zürich haben entschieden, dass die erhobenen Daten einem Beweisverwertungsgebot unterliegen.²³ Beide Instanzen kamen zu denselben Schlüssen: Auch wenn die Universität Zürich die Informationen zusammengetragen und den Strafverfolgungsbehörden eingereicht habe, handle es sich um von einer Strafbehörde erhobene Beweise. Die massgeblichen Beweise seien von der Universität Zürich nach den Vorgaben der Staatsanwaltschaft zusammengetragen worden. Sie habe keinen eigenen Entscheidungsspielraum gehabt, sondern letztlich lediglich die Anweisungen der Staatsanwaltschaft umgesetzt.²⁴ Die Staatsanwaltschaft hätte nach den Bestimmungen über geheime Überwachungsmaßnahmen (Art. 273 StPO) vorgehen müssen. Daran ändere nichts, dass die Kommunikation über die Infrastruktur der Universität Zürich abgewickelt wurde und die Kommunikationsdaten deshalb nicht bei einer Fernmeldediensteanbieterin herausverlangt werden mussten, sondern direkt bei der Universität erhoben werden konnten. An eine Fernmeldeüberwachung würden insbesondere aufgrund der Heimlichkeit des staatlichen Handelns erhöhte Anforderungen gestellt. Insbesondere hätte eine richterliche Genehmigung eingeholt werden müssen. Nachdem sich die betroffenen Personen nicht wie bei anderen Zwangsmassnahmen direkt nach dem Eingriff hätten zur Wehr setzen können, hätte das Zwangsmassnahmengericht die Rechtmässigkeit des Eingriffs und insbesondere auch dessen Verhältnismässigkeit überprüfen müssen.²⁵ Zwangsmassnahmen setzen generell voraus, dass ein hinreichender Tatverdacht vorliegt und die Untersuchungshandlung verhältnismässig erscheint (Art. 197 Abs. 1 lit. b-d StPO). Der Verdachtsgrad, so das Obergericht, müsse umso höher sein, je schwerer der Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen wiegt. Bei den besonders schwer wiegenden Massnahmen der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sei stets ein dringender Tatverdacht verlangt (Art. 269 Abs. 1 lit. a StPO; Art. 273 Abs. 1 StPO). In diesem Zusammenhang monierte das Obergericht, dass die Staatsanwaltschaft heimliche Überwachungsmaßnahmen veranlasst hatte, ohne dass ein Tatverdacht gegen eine bestimmte Person bestanden hatte, dass diese Überwachungsmaßnahmen zahlreiche Personen und betrafen und einen Zeitraum von fast einem Jahr umfassten, wodurch eine enorme Datenmenge zusammenkam. Der Einsatz von Zwangsmassnahmen gegen Personen, die nicht unter Tatverdacht stehen, müsse besonders zurückhaltend erfolgen (Art. 197 Abs. 2 StPO). Zwangsmassnahmen hätten sich primär gegen die tatverdächtige Person zu richten, weil gerade sie durch den Tatverdacht die Rechtsordnung störe. Soweit sich Zwangsmassnahmen gegen nichtbeschuldigte Personen richten, fehle diesen gegenüber der Tatverdacht als die Zwangsmassnahme legitimierendes und begrenzendes Kriterium. Deshalb sei hier besondere Zurückhaltung erforderlich. Alle geheimen Überwachungsmaßnahmen würden in schwerwiegender Weise in die Grundrechte eingreifen, weshalb sie auch einen dringenden Tatverdacht erfordern. Das Vorgehen der Staatsanwaltschaft weise zumindest eine gewisse Ähnlichkeit mit einer unzulässigen, weil verdachtsunabhängigen Beweisausforschung auf. Die von der Staatsanwaltschaft angeordnete Randdatenerhebung erscheine unverhältnismässig.²⁶

29

3. Erhebung der Daten ist geheime Überwachungsmaßnahme

Die von der Staatsanwaltschaft verlangte Auswertung betraf Randdaten, keine Daten über den Inhalt der Kommunikation. Die Daten enthielten unter anderem Informationen über den Absender und Empfänger der Emailnachricht sowie den Zeitpunkt des Versands der Nachricht. Ob der Zugriff auf diese Daten als geheime Überwachungsmaßnahme zu qualifizieren ist, hängt auch davon ab, bei wem und in welchem Zeitpunkt die Daten erhoben werden. Werden die Daten während des Kommunikationsvorgangs erhoben, so liegt eine geheime Überwachungsmaßnahme vor. Nach der Übermittlungsphase können die Randdaten grundsätzlich bei den Kommunikationsteilnehmern erhoben werden. Im konkreten Fall wurden die Daten jedoch nicht von den Kommunikationsteilnehmern selbst, sondern von der Universität Zürich bezogen. Werden die Verbindungsdaten ohne Kenntnis des Betroffenen bei der Fernmeldediensteanbieterin erhoben, so besteht ein besonderes Schutzbedürfnis, denn der Kommunikationsteilnehmer kann Entstehung und Speicherung solcher Daten bei der Anbieterin nicht verhindern. Informationen, die nach dem Transport auf dem Transportweg zurückbleiben und sich dort erheben lassen, sind deshalb durch das Fernmeldegeheimnis geschützt. Die Erhebung von Randdaten bei der Fernmeldediensteanbieterin ist deshalb nur nach den Vorschriften über die geheimen Überwachungsmaßnahmen möglich. Aus diesen Gründen stellt die Erhebung der Randdaten des Emailverkehrs durch die Staatsanwaltschaft nach der

30

23 BeZGer ZH, 5.12.2014, GG140151; OGer ZH, 1.12.2015, SB150090.

24 OGer ZH, 1.12.2015, SB150090, E. II.2.1.

25 OGer ZH, 1.12.2015, SB150090, E. II.4.4.

26 OGer ZH, 1.12.2015, SB150090, E. 4.6., mit Hinweis auf die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085, 1216.

Beurteilung des Obergerichts eine Form der geheimen Kommunikationsüberwachung dar. Die Staatsanwaltschaft hätte diese Informationen nur unter Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 273 StPO erheben dürfen. Insbesondere wäre eine richterliche Genehmigung erforderlich gewesen.²⁷

31 Gestützt auf die Auswertung der Randdaten beauftragte die Staatsanwaltschaft die Universität Zürich später damit, die persönlichen Emailboxen von dreizehn namentlich genannten Angehörigen der Universität Zürich sowie drei nicht persönlich zuordenbare Emailboxen der Universität Zürich mit fünf Emailadressen von Journalisten abzugleichen und ihr die Inhalte der fraglichen Emails zukommen zu lassen. Die Universität Zürich liess der Staatsanwaltschaft die gewünschten Daten zukommen. Diese Anordnung der Staatsanwaltschaft bezog sich nicht mehr nur auf die Verbindungsdaten, sondern umfasste neu auch die Inhalte der E-mailkommunikation. Das Obergericht erwog, dass diese Beweiserhebung ebenfalls nicht unter Einhaltung der dafür geltenden Vorschriften erfolgt war.²⁸ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt keine Fernmeldeüberwachung vor, wenn elektronische Kommunikationsinhalte, welche vom Empfänger bereits abgerufen wurden, bei einer Fernmeldediensteanbieterin sichergestellt werden. Das Fernmeldegeheimnis entfaltet seine Wirkung im Zeitpunkt der Informationsübertragung. Eine Fernmeldeüberwachung liegt deshalb nur solange vor, als die betreffenden Nachrichten vom Empfänger noch nicht auf dem Gerät abgerufen worden sind. Das Obergericht argumentiert demgegenüber, wenn bereits für die Erhebung der Randdaten, die lediglich den Nachweis von Kontakten ermöglichen, die Voraussetzungen für eine Überwachungs-massnahme Geltung beanspruchen, gelte dies umso mehr, wenn Kommunikationsinhalte erhoben werden, aus denen in aller Regel auch Randdaten ersichtlich seien. Vorliegend sei der Kommunikationsvorgang im Zeitpunkt der staatsanwaltschaftlichen Beweiserhebung bereits abgeschlossen gewesen. Die Erhebung der Kommunikationsinhalte habe jedoch wiederum heimlich, d.h. ohne Information der davon betroffenen Personen, stattgefunden. Diese hätten sich dagegen nicht unmittelbar zur Wehr setzen können, womit der Rechtsschutz nicht gewährleistet gewesen sei. Inhaltlich stelle das Vorgehen der Staatsanwaltschaft deshalb nichts anderes als eine heimlichen Überwachungs-massnahme dar. Damit hätte die Staatsanwaltschaft die für eine Fernmeldeüberwachung geltenden Voraussetzungen einhalten müssen.²⁹

4. Fernwirkung des Verwertungsverbot für Folgebeweise

32 Es lagen somit Ergebnisse aus nicht genehmigten Überwachungen vor, die gemäss Art. 277 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 141 Abs. 1 StPO nicht verwertet werden dürfen. Das Obergericht entschied, dass die Folgebeweise, die aufgrund der von der Universität erhaltenen Daten erhoben worden waren, ebenfalls nicht verwertet werden dürfen. Die Fernwirkung von unverwertbaren Beweisen sei für relative Beweisverwertungsverbote ausdrücklich in der Strafprozessordnung verankert. Für absolute Beweisverwertungsverbote gelte ebenfalls eine Fernwirkung. Dies ergebe sich aus der Gesetzessystematik sowie dem Sinn und Zweck von Beweisverboten. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum alten Verfahrensrecht habe für die Frage der Verwertbarkeit von Folgebeweisen ebenfalls nicht danach unterschieden, ob der Grund für die Unverwertbarkeit des Primärbeweises ein absolutes oder ein relatives Beweisverwertungsverbot ist. Es müsse daher von einer Fernwirkung des Verwertungsverbots ausgegangen werden. Dabei obliege es den Strafbehörden darzulegen, dass sie den (Zweit-) Beweis im konkreten Fall auch ohne den illegalen (Erst-) Beweis hätten erheben können.³⁰ Die Erkenntnisse, die die Staatsanwaltschaft aus der Auswertung der universitären Kommunikation gewonnen hatte, führten zur Hausdurchsuchung bei Iris Ritzmann. Zum Zeitpunkt, in dem die Staatsanwaltschaft erstmals Fernmeldedaten erhob, bestand noch kein konkreter Tatverdacht gegen sie. Die Staatsanwaltschaft konnte nicht aufzeigen, dass sie die weiteren Beweise gegen Iris Ritzmann auch ohne die Erkenntnisse aus der unrechtmässigen Erhebung der Fernmeldedaten bei der Universität Zürich hätte erhältlich machen können. Das führte zu einem Beweisverwertungsverbot in Bezug auf diese Beweise, insbesondere für die Erkenntnisse aus der bei Iris Ritzmann durchgeführten Hausdurchsuchung.

27 OGer ZH, 1.12.2015, SB150090, E. 5.2.; Hansjakob, Kommentar BÜPF/VÜPF, 2. Aufl., Erscheinungsort 2006, 83 f.; BaslerKomm/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 269 StPO, N 22; Aepli, Die strafprozessuale Sicherstellung von elektronisch gespeicherten Daten, Diss. Zürich 2004, 23 f.

28 OGer ZH, 1.12.2015, SB150090, E. 6.1 f.

29 OGer ZH, 1.12.2015, SB150090, E. 6.2. unter Hinweis auf Heimgartner, Strafprozessuale Beschlagnahme, Zürich 2011, 179f., und Aepli (Fn. 27), 17 ff.; BGer, 24.08.2015, 1B_52 /2015, E. 1.1.; BaslerKomm/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 269 N 24; BGE 140 IV 181.

30 OGer ZH, 1.12.2015, SB150090, E. 7.1. unter Hinweis auf BaslerKomm/Gless, Art. 141 N 89 f., N 97; BaslerKomm/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 277 N 4 und BGE 138 IV 169.

5. Quellenschutz?

Iris Ritzmann hatte im Verfahren geltend gemacht, die Verwertung der Ergebnisse dieser Randdatenerhebungen sowie die darauf basierenden Akten würden gegen den Quellenschutz verstossen und seien deshalb aus dem Recht zu weisen. Im Ergebnis machte es keinen Unterschied, aufgrund welcher rechtlichen Grundlage die Beweise als unverwertbar erschienen. Die Gerichte mussten somit nicht darüber befinden, ob ein Verstoß gegen den Quellenschutz vorlag. Fest steht, dass die Staatsanwaltschaft sich die Daten beschaffen konnte. Das Zwangsmassnahmengericht war nicht involviert worden. Die angeschuldigte Person wehrte sich gegen die Verwertung dieser Daten und weiterer Beweise, und es bedurfte eines Entscheids des Sachgerichts, welches die Beweise als unverwertbar einstufte. Dieser Entscheid ist zwar im Ergebnis sehr klar ausgefallen, zeigt aber gleichzeitig, wie dornenvoll Quellenschutz sein kann, und unterstreicht die Schwierigkeiten bei der Gewährleistung fundamentaler Rechte. 33

IV. Vorratsdatenspeicherung und Quellenschutz

1. Speicherung von Metadaten auf Vorrat

Fernmeldeanbieterinnen sind verpflichtet, die für die Teilnehmeridentifikation notwendigen Daten sowie die Verkehrs- und Rechnungsdaten während sechs Monaten aufzubewahren (Art. 15 Abs. 3 BÜPF). Das Bundesgericht lässt eine Verwendung solcher Daten grundsätzlich auch zu, wenn die Daten länger als sechs Monate aufbewahrt worden sind.³¹ Seit Erlass des BÜPF³² hat die elektronische Kommunikation sehr stark an Bedeutung gewonnen. Die anfallenden Datenspuren nehmen immer mehr zu und erlauben immer weitgehendere Rückschlüsse. Im Fall Ritzmann sind zunächst nur Randdaten erhoben worden und keine Kommunikationsinhalte.³³ Der Fall illustriert, welche Aussagekraft solchen Metadaten zukommen kann. Sie können Verbindungen zwischen Journalisten und ihren Quellen aufzeigen, und genau deswegen hat sich die Staatsanwaltschaft auch für diese Daten interessiert. 34

2. Vorratsdatenspeicherung kollidiert mit Grundrechten

In jüngerer Zeit ist die Vorratsdatenspeicherung zum Schauplatz grundrechtlicher Auseinandersetzungen geworden. Der EuGH hat am 8. April 2014 die EU-Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratsdatenspeicherung mit Urteil vom 8. April 2014 für ungültig erklärt.³⁴ Die Richtlinie verletze die Grundrechte der Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 7) und des Schutzes personenbezogener Daten (Art. 8) der Charta der Grundrechte der EU. Aus der Gesamtheit der gespeicherten Daten könnten sehr genaue Schlüsse auf das Privatleben der Personen, deren Daten auf Vorrat gespeichert werden, gezogen werden, etwa auf Gewohnheiten des täglichen Lebens, ständige oder vorübergehende Aufenthaltsorte, tägliche oder in anderem Rhythmus erfolgende Ortsveränderungen, ausgeübte Tätigkeiten, soziale Beziehungen und das soziale Umfeld. Bemängelt wurde u.a. auch der mangelhafte Schutz von Berufsgeheimnisträgern.³⁵ Auch die nationalen Verfassungsgerichte einer Reihe von EU-Staaten haben die entsprechenden Regelungen der Vorratsdatenspeicherung für grundrechtswidrig erachtet.³⁶ In Deutschland, wo das Bundesverfassungsgericht schon einmal eine gesetzliche Regelung der Vorratsdatenspeicherung kassiert hat, ist Ende 2015 ein neues Gesetz erlassen worden. Dieses enthält zwar Regelungen zur Gewährleistung des Berufsgeheimnisträgerschutzes. Die Erhebung von Verkehrsdaten, die sich gegen einen Berufsgeheimnisträger richten und die voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die dieser das Zeugnis verweigern dürfte, wäre unzulässig. Dennoch erlangte Erkenntnisse dürften nicht verwendet werden. Dies wird jedoch von verschiedener Seite als unzureichend kritisiert.³⁷ Der Schutz des Berufsgeheimnisses dürfe nicht erst im Anschluss an die Speiche- 35

31 BGE 139 IV 98.

32 Das BÜPF trat per 1. Januar 2002 in Kraft.

33 Konkret sind die Daten nicht bei einer Fernmeldeanbieterin erhoben worden, sondern bei der Universität Zürich, da diese direkten Zugriff auf die Verbindungsdaten hatte, was rechtlich gesehen keinen Unterschied machte, vgl. OGer ZH, 1.12.2015, SB150090, E. 4.3.

34 vgl. Schlauri/Ronzani, EuGH: Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie 2006/24/EG für ungültig erklärt, in: sic! 9/2014, 570 ff.

35 <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-04/cp140054de.pdf> (22.06.2016).

36 <https://de.wikipedia.org/wiki/Vorratsdatenspeicherung> (22.06.2016).

37 <https://www.reporter-ohne-grenzen.de/pressemitteilungen/meldung/vorratsdatenspeicherung-gefaehrdet-quellenschutz/> (22.06.2016).

rung, sondern müsse bereits bei der Erhebung durch technische Maßnahmen stattfinden.³⁸ Gegen das Gesetz sind mehrere Beschwerden am Bundesverfassungsgericht erhoben worden.³⁹ Dabei ist u.a. moniert worden, mit der angefochtenen Regelung würden Berufsheimnisträger in ihren Grundrechten verletzt.⁴⁰

- 36 Vergleichbare Kritik ist auch in der Schweiz erhoben worden. Verschiedene Personen, darunter Journalisten, haben vom Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (Dienst ÜPF) verlangt, die Vorratsdatenspeicherung zu unterlassen. Der Dienst ÜPF hat die Begehren mit Verfügung vom 30. Juni 2014 abgelehnt. Die Beschwerden gegen diese Verfügungen sind am Bundesverwaltungsgericht hängig. Die Beschwerdeführer rügen u.a., die geltende Regelung biete Journalisten keinen wirksamem Schutz ihrer Grundrechte. Die Vorratsdatenspeicherung kompromittiere den Quellenschutz. Dagegen bestünden keine wirksamen Schutzmechanismen.⁴¹

V. Fazit: Mangelhafte Umsetzung des Quellenschutzes in Gesetz und Praxis

- 37 Für den Fall, dass das Interesse des Staates, Beweismittel im Strafverfahren zu gewinnen, und der Quellenschutz miteinander kollidieren, muss der Strafprozess Prozeduren bereitstellen, die den Quellenschutz in dem Umfang gewährleisten, wie es die grundrechtlichen Prinzipien erfordern. Abgesehen von der Zeugnispflicht, der sich der Journalist einfach dadurch entziehen kann, dass er sein Zeugnisverweigerungsrecht anruft, ist es in der Praxis nicht einfach, die Macht des Staates wirksam zu begrenzen und den Quellenschutz zu wahren. In gewissen Konstellationen erlangen die Strafverfolgungsbehörden faktisch Zugriff auf Beweismittel, die dem Quellenschutz unterliegen. Die für die Wahrung des Quellenschutzes vorgesehenen Verfahren schaffen nicht durchwegs Remedur. Der Quellenschutz kann schon durchlöchert sein, bevor diese Verfahren greifen. Besonders gross ist diese Gefahr bei heimlichen Zwangsmassnahmen. Die Durchsetzung des Quellenschutzes ist zudem dadurch erschwert, dass der betroffene Journalist unter Umständen gar nicht ins Verfahren involviert wird. Schliesslich hinkt die Durchsetzung des Quellenschutzes insoweit, als dessen Anrufung durch die angeschuldigte Person oder durch den Journalisten bereits dazu führen kann, dass Informationen durchscheinen, die mit dem Quellenschutz geheim gehalten werden sollen. Dies kann insbesondere die Tatsache betreffen, dass eine Person Quelle eines Journalisten ist.
- 38 Es gibt damit Konstellationen, in denen der Quellenschutz durchbrochen wird, ohne dass zwingende, überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses bzw. ausserordentliche Umstände vorliegen, wie dies die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR verlangt. Eine wirksame Umsetzung der höchstrichterlichen Grundsätze setzt voraus, dass die entsprechende Interessenabwägung vorgenommen wird, bevor der Eingriff in den Quellenschutz Tatsache ist. Gesetz und Praxis vermögen dies nicht durchwegs zu gewährleisten.
- 39 Für die journalistische Tätigkeit bedeutet dies, dass man nicht unbesehen auf die grundrechtlichen Garantien vertrauen kann, sondern die begrenzte Reichweite des Quellenschutzes im Strafprozess im Auge behalten muss.

Zusammenfassung Die Bedeutung des Quellenschutzes als Grundbedingung und Eckpfeiler der Medienfreiheit ist einhellig anerkannt. Der Quellenschutz ist als Grundsatz fest in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Strassburger Organe verankert. Bei der konkreten Umsetzung des Quellenschutzes im Strafprozess offenbaren sich jedoch Ungereimtheiten und Lücken, namentlich bei Beschlagnahmen und bei geheimen Überwachungsmaßnahmen. In der Praxis wird der Quellenschutz in Fällen durchbrochen, in denen dies nicht zu rechtfertigen ist. Das gesetzgeberische Konzept vermag in gewissen Konstellationen nicht zu verhindern, dass die Strafverfolgungsbehörden Kenntnis von Tatsachen erhalten, die dem Quellenschutz unterliegen.

38 <https://netzpolitik.org/2015/vorratsdatenspeicherung-und-berufsheimnistragerschutz-voellig-miteinander-unvereinbar/> (22.06.2016).

39 <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/vorratsdatenspeicherung-wer-klagt-vor-dem-bundesverfassungsgericht-a-1074152.html> (22.06.2016).

40 <http://www.mueller-roessner.net/antrag-auf-erlass-einer-einstweiligen-anordnung-gegen-die-wiedereinfuehrung-der-vorratsdatenspeicherung-beim-bundesverfassungsgericht-eingereicht/> (22.06.2016).

41 <https://www.digitale-gesellschaft.ch/2014/09/02/vorratsdatenspeicherung-in-der-schweiz-digitale-gesellschaft-gelangt-mit-beschwerde-an-bundesverwaltungsgericht/> (22.06.2016).

Service public im Medienbereich an die Digitalisierung anpassen

Die Schweiz ist auch im Zeitalter des Internet und der Digitalisierung auf einen unabhängigen und umfassenden Service public im Medienbereich angewiesen. Um diesem Anspruch weiterhin gerecht zu werden, sollen die Rahmenbedingungen für die konzessionierten Radio- und Fernsehveranstalter auf nationaler und regionaler Ebene angepasst werden. Der Bundesrat kommt in seinem heute publizierten Bericht zum Schluss, dass sich für unsere von sprachlicher und kultureller Verschiedenartigkeit geprägte direkte Demokratie das bestehende Modell mit der SRG als grosser, in allen Sprachregionen verankerter Anbieterin bewährt hat und dieses den Service public in hoher Qualität gewährleistet. Das Modell eignet sich auch für die Zukunft am besten. Die Anforderungen an die SRG sollen – bei gleichem Budget – jedoch geschärft werden. Sie muss auch die Jungen, welche sich dem Internet zuwenden, besser erreichen.

www.bakom.admin.ch

Auslandsangebot der SRG neu geregelt

Der Bundesrat schliesst mit der SRG eine neue vierjährige Leistungsvereinbarung über das Informationsangebot für das Ausland ab. Bestandteile sind die zehnsprachige Internetplattform swissinfo.ch, die italienischsprachige Website tvsvizzera.it sowie die Zusammenarbeit mit den internationalen Fernsehsendern TV5 und 3sat. Der Bund beteiligt sich von 2017 bis 2020 mit knapp 20 Millionen Franken pro Jahr. Die SRG hat den gesetzlichen Auftrag, die Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer über Aktuelles in unserem Land zu informieren und die mediale Präsenz der Schweiz im Ausland zu fördern.

www.bakom.admin.ch

Art. 293 StGB liegt weiterhin ein formeller Geheimnisbegriff zugrunde

Urteil des Bundesgerichts vom 25. Mai 2016 (6B_1267/2015)

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'état de fait de la publication des débats officiels secrets (art. 293 CP) est réduit à la notion formelle de secret. Le Tribunal fédéral s'en est donc tenu à cela malgré les critiques. Le texte de l'article, sa signification, son effet, sa position dans la loi ainsi que la peine prévue (amende maximale de CHF 10'000.-) semblent indiquer que l'al. 3 de l'art. 293 CP ne concerne pas les secrets au sens matériel mais plutôt les cachoteries inutiles. Le Tribunal fédéral estima par ailleurs que le fait justificatif extra-légal de la sauvegarde des intérêts légitimes n'entraîne pas en ligne de compte. L'intérêt public à être informé quelques semaines avant la publication officielle du rapport final concernant les extraits du projet avait été inférieur à l'intérêt de l'Etat au maintien du secret jusqu'à la publication, en octobre 2012.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt dem Tatbestand der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB) ein formeller Geheimnisbegriff zugrunde. Daran hält das Bundesgericht trotz Kritik fest. Der Wortlaut des Artikels und dessen Sinn und Zweck sowie dessen Stellung im Gesetz und die darin angedrohte Strafe (Busse bis höchstens 10'000 CHF) sprechen dafür. Abs. 3 von Art. 293 StGB betreffe nicht Geheimnisse im materiellen Sinn, sondern unnötige Geheimniskrämereien. Das Bundesgericht fand im weiteren, dass auch der aussergesetzliche Rechtsfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen ausser Betracht falle. Das Interesse der Öffentlichkeit, einige Wochen vor der geplanten offiziellen Publikation des Schlussberichts über Auszüge aus dem Entwurf informiert zu werden, sei geringer gewesen als das staatliche Interesse an der Geheimhaltung bis zur zeitnahen Veröffentlichung Anfang Oktober 2012.

Stichworte amtliche geheime Verhandlungen, formeller und materieller Geheimnisbegriff, aussergesetzlicher Rechtsfertigungsgrund

Bestimmungen Art. 293 StGB

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Arthur Rutishauser, heute Chefredaktor von Tages-Anzeiger und Sonntagszeitung, zitierte im Tages-Anzeiger vom 28. August und 10. September 2012 Passagen aus dem Entwurf des noch unter Verschluss gehaltenen Schlussberichts der Zürcher Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) über die Beamtenversicherungskasse (BVK) des Kantons Zürich. Er nannte dabei ausdrücklich den Bericht als Quelle. Mit Strafbefehl des Statthalters des Bezirks Zürich wurde er wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB) mit 800 Franken Busse bestraft. Dagegen erhob Rutishauser Einsprache. Der Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich und später das Obergericht Zürich sprachen Rutishauser frei. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich zog die Freisprüche weiter, zuletzt mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht.

Erwägungen (Zusammenfassung)

1.

Wer, ohne dazu berechtigt zu sein, aus Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen einer Behörde, die durch Gesetz oder durch Beschluss der Behörde im Rahmen ihrer Befugnis als geheim erklärt worden sind, etwas an die Öffentlichkeit bringt, wird wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen mit Busse bestraft (Art. 293 Abs. 1 StGB). Die Gehilfenschaft ist strafbar (Art. 293 Abs. 2 StGB). Der Richter kann von jeglicher Strafe absehen, wenn das an die Öffentlichkeit gebrachte Geheimnis von geringer Bedeutung ist (Art. 293 Abs. 3 StGB).

1.1. Der Gesetzgeber unternahm schon verschiedentlich Anstrengungen, Art. 293 StGB zu ändern oder aufzuheben. Der Bundesrat schlug im Jahr 1996 die ersatzlose Streichung von Art. 293 StGB vor. Die eidgenössischen Räte beschlossen im Jahr 1997 - nicht zuletzt unter dem Eindruck der Gegenstand von BGE 126 IV 236 bildenden Affäre - knapp die Beibehaltung von Art. 293 StGB. Im Sinne eines Kompromisses wurde auf Antrag der Minderheit der nationalrätlichen Kommission der Bestimmung der neue Absatz 3 betreffend Geheimnisse von geringer Bedeutung beigefügt (zum Ganzen BGE 126 IV 236 E. 2b mit Hinweisen).

Zurzeit sind erneut gesetzgeberische Bemühungen zur Änderung beziehungsweise Aufhebung von Art. 293 StGB im Gange. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats schlägt in ihrem Bericht vom 13. November 2014 zwei Varianten vor. Die Kommissionsminderheit ist für ersatzlose Aufhebung von Art. 293 StGB. Die Kommissionsmehrheit schlägt eine Änderung von Art. 293 Abs. 1 und Abs. 3 vor, die neu wie folgt lauten sollen: «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» (Abs. 1). «Die Handlung ist nicht strafbar, wenn der Veröffentlichung kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegengestanden hat» (Abs. 3). Die Behandlungsfrist des Geschäfts wurde bis zur Wintersession 2016 verlängert.

1.2. Die Vorinstanz setzt sich einleitend mit der Frage auseinander, ob unter Berücksichtigung der Entscheide des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) Nr. 69698/01 vom 10. Dezember 2007 in Sachen Stoll c. Schweiz und Nr. 56925/08 vom 1. Juli 2014 in Sachen A.B. c. Schweiz beim Tatbestand der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen im Sinne von Art. 293 StGB abweichend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht von einem formellen, sondern von einem materiellen Geheimnisbegriff auszugehen ist. Die Vorinstanz lässt die Frage offen, da ihres Erachtens der Beschwerdeführer unabhängig davon ohnehin freizusprechen ist.

1.3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt dem Tatbestand der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB) ein formeller Geheimnisbegriff zugrunde. Den Tatbestand erfüllt, wer aus Untersuchungen etc. einer Behörde, die durch Gesetz oder Beschluss «als geheim erklärt worden sind», etwas an die Öffentlichkeit bringt. Dabei ist es unerheblich, ob die Untersuchungen etc. etwa als «streng geheim» oder bloss als «vertraulich» klassifiziert worden sind; es muss nur klar sein, dass damit die Öffentlichkeit hat ausgeschlossen werden wollen (BGE 126 IV 236 E. 2a mit Hinweisen). Dieser formelle Geheimnisbegriff unterscheidet sich vom materiellen Geheimnisbegriff, welcher den meisten Tatbeständen des Strafgesetzbuches betreffend Geheimnisverletzung zugrunde liegt. Im materiellen Sinne geheim ist eine Tatsache, wenn sie nur einem begrenzten Personenkreis bekannt oder zugänglich ist, der Geheimnisträger sie geheim halten will und ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat (BGE 126 IV 236 E. 2a mit Hinweis). Art. 293 StGB stellt wie andere Bestimmungen des 15. Titels des Strafgesetzbuches betreffend die strafbaren Handlungen gegen die öffentliche Gewalt einen Ungehorsam unter Strafe, nämlich die Missachtung der Geheimhaltungserklärung. Die Bestimmung will den Prozess der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung innerhalb der staatlichen Organe vor Störungen schützen. Das Tatunrecht liegt in der Missachtung der Geheimhaltungserklärung. Weil es in der Regel nicht schwer wiegt, droht Art. 293 StGB lediglich Busse an. Es handelt sich also um eine Übertretung (BGE 126 IV 236 E. 2c/aa). Das Bundesgericht hat seine Auffassung, dass Art. 293 StGB der formelle Geheimnisbegriff zugrunde liegt, in den Urteilen 6P.153/2006 vom 29. April 2008 E. 7.1 und 6B_186/2012 vom 11. Januar 2013 E. 2.1 bestätigt. Ein Teil der Lehre folgt der bundesgerichtlichen Ansicht (Trechsel/Vest, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 293 StGB N. 4; Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl. 2013, § 53 N. 42; Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3ème édition 2010, art. 293 CP n. 2; Jenny, ZBJV 139/2003, 380).

1.4. Ein Teil der Lehre ist demgegenüber der Auffassung, dass jedenfalls seit dem Urteil Nr. 69698/01 des EGMR vom 10. Dezember 2007 in Sachen Stoll c. Schweiz bei der Auslegung von Art. 293 StGB von einem materiellen Geheimnisbegriff auszugehen ist (Donatsch/Wohlers, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl. 2011, S. 426; Schwaibold, Stoll gegen die Schweiz 1:6, FP 2006 S. 180 ff., 185). Die Veröffentlichung aus Akten, Verhandlungen und Untersuchungen einer Behörde erfüllt demnach den Tatbestand von Art. 293 StGB nur, wenn die veröffentlichte Tatsache ein Geheimnis im materiellen Sinne ist. Ein solches setzt unter anderem voraus, dass ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht. Bei der Prüfung dieser Frage ist das entgegenstehende Informationsinteresse der Öffentlichkeit mitzuberücksichtigen. Wenn dieses gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse überwiegt, ist Letzteres nicht berechtigt, fehlt es somit an einem Geheimnis im materiellen Sinne und ist daher, ungeachtet der Geheimhaltungserklärung, die Veröffentlichung nicht tatbestandsmässig. Bei dieser Betrachtungsweise kommt dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit tendenziell ein grösseres Gewicht zu als auf der Grundlage eines formellen Geheimnisbegriffs. Denn im letztgenannten Fall ist das Informationsinteresse der Öffentlichkeit nur ein Kriterium neben andern bei der Prüfung der Frage, ob die angesichts der Geheimhal-

tungserklärung tatbestandsmässige Veröffentlichung durch den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen gerechtfertigt ist, an welchen strenge Anforderungen gestellt werden.

1.5. Der EGMR hat in seinem Urteil Nr. 69698/01 vom 10. Dezember 2007 in Sachen Stoll c. Schweiz, welches den BGE 126 IV 236 zugrunde liegenden Fall betrifft, erwogen, dass die Bestrafung eines Journalisten mit einer relativ geringfügigen Busse wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen mit Art. 10 EMRK (Meinungsfreiheit) vereinbar ist, wenn im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung der massgebenden Umstände das staatliche Geheimhaltungsinteresse gewichtiger ist als das Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Der EGMR (Grosse Kammer) hat im konkret zu beurteilenden Fall eine Verletzung von Art. 10 EMRK verneint, nachdem zuvor die 4. Kammer des EGMR mit Entscheid vom 25. April 2006 die EMRK als verletzt gesehen hatte. Der EGMR (Grosse Kammer) hat mit Urteil Nr. 56925/08 vom 29. März 2016 in Sachen Bédat c. Schweiz unter den gegebenen Umständen (siehe das diesbezügliche Urteil des Bundesgerichts 6P.153/2006, 6S.347/2006 vom 29. April 2008) eine Verletzung von Art. 10 EMRK durch die Verurteilung eines Journalisten gemäss Art. 293 StGB verneint, nachdem zuvor eine Kammer des EGMR mit Entscheid vom 1. Juli 2014 eine Verletzung von Art. 10 EMRK bejaht hatte.

Das Bundesgericht hat im Entscheid des EGMR in Sachen Stoll keinen Grund für eine Änderung seiner Rechtsprechung gesehen. An der in den Urteilen 6P.153/2006 vom 29. April 2008 E. 7.1 und 6B_186/2012 vom 11. Februar 2013 E. 2.1 bestätigten Auffassung, dass Art. 293 StGB ein formeller Geheimnisbegriff zugrunde liegt, ist weiterhin festzuhalten. Der Wortlaut von Art. 293 StGB, dessen Sinn und Zweck sowie dessen Stellung im Gesetz und die darin angedrohte Strafe (Busse bis höchstens 10'000 Franken) sprechen dafür, dass dem Tatbestand der formelle Geheimnisbegriff zugrunde liegt (BGE 126 IV 236 E. 2c/aa). Daran ändert Absatz 3 von Art. 293 StGB nichts. Er betrifft nicht Geheimnisse im materiellen Sinn, sondern die unnötige, übertriebene, schikanöse Geheimniskrämerei, mithin unnötige Geheimhaltungserklärungen (BGE 126 IV 236 E. 2c/bb).

1.6. Der PUK-Bericht war für geheim erklärt worden. Diese Geheimhaltungserklärung war sachlich vertretbar. Sie galt auch noch zur Zeit der inkriminierten Taten. Der PUK-Bericht sollte, was der Beschwerdegegner wusste, gemäss den Absichten der PUK Anfang Oktober 2012 veröffentlicht werden. Der Beschwerdegegner hat durch das inkriminierte Verhalten den Tatbestand der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen im Sinne von Art. 293 StGB erfüllt.

Zu prüfen ist, ob sein Verhalten gerechtfertigt war. Dabei fällt der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen in Betracht.

2.

2.1. Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung voraus, dass die Tat ein notwendiges und angemessenes Mittel ist, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen, sie insoweit den einzig möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, welche der Täter zu wahren sucht (BGE 134 IV 216 E. 6.1 mit Hinweisen; Urteile 6B_225/2008 vom 7. Oktober 2008 E. 3.2; 6B_305/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 3.1).

2.2.

2.2.1. Die Vorinstanz nimmt eine Interessenabwägung vor, und zwar nach Massgabe der Kriterien, die sich ihres Erachtens dem Entscheid des EGMR Nr. 69698/01 vom 10. Dezember 2007 in Sachen Stoll c. Schweiz entnehmen lassen. Das Interesse des Staates an Geheimhaltung einerseits und das öffentliche Interesse an Information andererseits seien demnach sowohl grundsätzlich beziehungsweise allgemein als auch konkret zu gewichten, wobei der konkreten Gewichtung die vorrangige Bedeutung zukomme. Die Vorinstanz bejaht im konkreten Fall den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund.

2.2.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen zu Unrecht als gegeben erachtet. Sie habe die auf dem Spiel stehenden konkreten Interessen falsch gewichtet. Das konkrete Interesse der Öffentlichkeit, einige Wochen vor der für Anfang Oktober 2012 geplanten offiziellen Veröffentlichung des Schlussberichts über gewisse Inhalte des Entwurfs informiert zu werden, sei entgegen der Einschätzung der Vorinstanz nicht gewichtig gewesen. Es sei entgegen den Mutmassungen der Vorinstanz nicht mit der Möglichkeit zu rechnen gewesen, dass der Schlussbericht entgegen den Ankündigungen der PUK nicht Anfang Oktober 2012 veröffentlicht würde. Eine Vorabveröffentlichung einzelner Inhalte sei nicht notwendig oder dringlich gewesen. Das konkrete Interesse des Staates an der Geheimhaltung des Schlussberichts bis zu dessen offiziellen Veröffentlichung sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht gering gewesen. Zur Zeit der inkriminierten Veröffentlichungen sei der Prozess der Meinungsbildung noch nicht abgeschlossen gewesen, hätten doch noch die eingegangenen Stellungnahmen von Betroffenen mitberücksichtigt werden müssen. Das konkrete Interesse des Staates an der Geheimhaltung des Schlussberichts bis zu des-

sen geplanten offiziellen Veröffentlichung sei zumindest gleich gross gewesen wie das konkrete Interesse der Öffentlichkeit an der Bekanntgabe von Inhalten daraus vor der geplanten offiziellen Veröffentlichung. Somit fehle es zur Bejahung des aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen bereits am Erfordernis des offenkundig überwiegenden Interesses an der Veröffentlichung. Auch die weiteren Voraussetzungen dieses Rechtfertigungsgrundes seien nicht erfüllt. Die vorzeitige Berichterstattung rund einen Monat vor der geplanten offiziellen Publikation des Schlussberichts sei weder ein notwendiges noch ein angemessenes Mittel noch der einzige Weg zur Erreichung des Ziels gewesen. Es sei dem Beschwerdegegner in Wahrheit lediglich um die Publikation eines Primeurs gegangen. Abschliessend weist die Beschwerdeführerin darauf hin, Schutzobjekt von Art. 293 StGB sei der Prozess der möglichst freien Meinungsbildung und Entscheidungsfindung durch die Behörden ohne Beeinflussung von aussen. Wenn geheim erklärte Verhandlungen ohne Notwendigkeit und Dringlichkeit ungestraft veröffentlicht werden dürften, hätte dies negative Auswirkungen auf die Tätigkeit von Untersuchungskommissionen.

2.2.3. Der Beschwerdegegner wendet in seiner Vernehmlassung ein, die ungehinderte Meinungsbildung der staatlichen Gremien sei durch die inkriminierten Veröffentlichungen nicht beeinflusst worden. Das staatliche Geheimhaltungsinteresse sei als äusserst gering einzustufen. Demgegenüber habe angesichts der Bedeutung der Angelegenheit ein überragendes Informationsinteresse der Öffentlichkeit bestanden. Es sei ihm nicht lediglich um die Publikation eines Primeurs gegangen. Es habe gute Gründe gegeben, die im Entwurf des PUK-Berichts enthaltenen Informationen nicht länger zurückzuhalten, sondern ohne Verzug zu veröffentlichen. Ende August 2012 sei noch nicht klar gewesen, welche Geschehnisse am Ende Eingang in den PUK-Bericht finden würden und wann dieser veröffentlicht werden würde. Die inkriminierten Publikationen seien offenkundig geeignet gewesen, einen Beitrag zur öffentlichen Debatte zum Thema zu leisten. Es habe ein ausgeprägtes allgemeines und konkretes Interesse der Öffentlichkeit an den inkriminierten Informationen bestanden, welches deutlich gewichtiger als das staatliche Geheimhaltungsinteresse gewesen sei.

2.3. Die Arbeit einer Parlamentarischen Untersuchungskommission muss vertraulich sein. Nur unter dieser Voraussetzung ist es den Beteiligten möglich, frei und ohne Einflüsse von aussen eine konstruktive Arbeit zu leisten und auch Kompromisse einzugehen (siehe auch Urteil 6B_186/2012 vom 11. Januar 2013 E. 3.1). Es besteht daher nach der zutreffenden Einschätzung der Vorinstanz ein grosses allgemeines staatliches Interesse an der Geheimhaltung der Arbeit einer PUK wie der PUK-BVK.

2.4. Der Prozess der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung war im Zeitpunkt des Erscheinens des zweiten Zeitungsartikels vom 10. September 2012 nach den insoweit zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz praktisch abgeschlossen und konnte nicht mehr durch äussere Einflüsse wie etwa eine Medienberichterstattung gestört werden. Hingegen war im Zeitpunkt des Erscheinens des ersten Zeitungsartikels vom 28. August 2012 eine Störung dieses Prozesses nach den insoweit zutreffenden Vorbringen der Beschwerdeführerin grundsätzlich noch möglich, erschien dieser Zeitungsartikel doch just an dem Tag, an dem die PUK die Sitzung abhielt, an welcher sie die eingegangenen Stellungnahmen von Betroffenen zur Kenntnis nahm, auswertete und über deren Berücksichtigung im Schlussbericht entschied.

2.5. Seitens der PUK war vorgesehen, den definitiven Schlussbericht Anfang Oktober 2012 zu veröffentlichen. Damit stellt sich die Frage, ob ein berechtigtes Interesse der Öffentlichkeit bestand, bereits am 28. August und am 10. September 2012 über Auszüge aus dem Entwurf des Schlussberichts informiert zu werden. Die Vorinstanz bejaht dies. Zur Begründung führt sie aus, es sei nachvollziehbar beziehungsweise könne dem Beschwerdegegner nicht widerlegt werden, dass er befürchtet habe, dass einzelne Geschehnisse im definitiven Schlussbericht nicht mehr aufgeführt werden könnten und/oder dass die Veröffentlichung desselben entgegen einer Absichtserklärung der PUK nicht Anfang Oktober 2012 erfolgen, sondern sich aus irgendwelchen Gründen auf unbestimmte Zeit verzögern würde.

2.6. Dies ist indessen nach den zutreffenden Einwänden der Beschwerdeführerin eine blosser Spekulation. Für die Gewichtung des konkreten Informationsinteresses der Öffentlichkeit ist nach der Rechtsprechung des EGMR von Bedeutung, ob die inkriminierten Informationen geeignet waren, einen Beitrag zur öffentlichen Debatte über das Thema zu leisten (Entscheid des EGMR Nr. 69698-01 vom 10. Dezember 2007 in Sachen Stoll c. Schweiz, §§ 121, 124; Entscheid des EGMR Nr. 56925/08 vom 29. März 2016 in Sachen Bédat c. Schweiz, § 64). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Vorabveröffentlichung von Auszügen aus dem Entwurf des Schlussberichts insoweit sachdienlich sein konnte. Die öffentliche Debatte hätte wenige Wochen später im Anschluss an die offizielle Veröffentlichung des Schlussberichts stattfinden können. Der von der Behörde verkündete Termin der Veröffentlichung Anfang Oktober 2012 war zeitnah. Es ist nicht erkennbar, inwiefern gute Gründe bestanden haben könnten, schon einige Wochen vor der geplanten offiziellen Veröffentlichung des Schlussberichts Auszüge aus dem Entwurf zu publizieren. Das Interesse des Beschwerdegegners, einen Primeur zu platzieren, d.h. der Vorteil im publizisti-

schen Wettbewerb, ist bei der Interessenabwägung nicht relevant. Jedenfalls bei Erscheinen des ersten Zeitungsartikels vom 28. August 2012 war der Meinungsbildungsprozess innerhalb der PUK noch nicht abgeschlossen. Ob der Zeitungsartikel die Meinungsbildung tatsächlich beeinflusste, ist unerheblich; ein diesbezügliches Risiko genügt (siehe auch Entscheid EGMR Nr. 56925/08 vom 29. März 2016 in Sachen *Bédat c. Schweiz*, §§ 68-71).

2.7. Das Interesse der Öffentlichkeit, einige Wochen vor der geplanten offiziellen Publikation des Schlussberichts über Auszüge aus dem Entwurf des Berichts informiert zu werden, war geringer als das staatliche Interesse an der Geheimhaltung des Schlussberichts bis zur zeitnahen offiziellen Veröffentlichung Anfang Oktober 2012. Der Staat hatte daher im Zeitpunkt der inkriminierten Tat ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse.

Erst recht kann nicht gesagt werden, dass die Tat offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren suchte. Schon aus diesem Grund ist der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen nicht gegeben. Die Tat war überdies weder notwendig noch der einzig mögliche Weg zur Information der Bevölkerung, da der Schlussbericht ohnehin, wie der Beschwerdegegner wusste, wenige Wochen später veröffentlicht werden sollte.

2.8. Der Freispruch des Beschwerdegegners vom Vorwurf der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB) verletzt demnach Bundesrecht. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 27. Oktober 2015 aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.
(...)

Anmerkungen Seit Jahren steht der Art. 293 StGB in der Kritik – Versuche, die Bestimmung aufzuheben, scheiterten 1996 – derzeit sind erneut gesetzgeberische Bemühungen in diese Richtung im Gange. Solche sind dringend nötig, weil das Bundesgericht, wie dieser neueste Entscheid zeigt, unbeirrt am strengen formellen Geheimnisbegriff festhält und, obwohl es um Inhalte von höchstem öffentlichen Interesse ging, auch nicht den Umweg über die Annahme eines aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes gehen wollte.

Der Problematik der Strafbestimmung von Art. 293 StGB widmet sich im vorliegenden Newsletter der Aufsatz von Christoph Born (siehe oben).

1

2

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit – Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias

- Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 31. Mai 2016 (B-8099/2015)
Akkreditierung für Medienzentrum des Bundes setzt eine journalistische 60%-Stelle voraus
Gesuch um Zutrittsberechtigung, Voraussetzungen für die Akkreditierung
Art. 2 MAkkV (SR 172.071)
[Zum Entscheid](#)

1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit – Accès général à l'information

- Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 4. Februar 2016 (Informatiksteuerungsorgan des Bundes / IKT-Grossprojekte Studie IWI HSG vom 30. Oktober 2014)
Untersuchte IKT-Grossprojekte sind offenzulegen
Freie Meinungs- und Willensbildung der Behörde; Dritte; öffentliches Interesse; zielkonforme Durchführung behördlicher Massnahmen
Art. 7 Abs. 1 Bst. a, b, h BGÖ
[Zum Entscheid](#)
- Urteil des Bundesgerichts vom 18. Mai 2016 (1C_122/2015)
Einschränkungen zum Zugang zur Zahl von Meldungen an den Nachrichtendienst des Bundes (NDB) als Resultat einer Interessenabwägung teilweise zulässig
Öffentlichkeitsprinzip, Verhältnis des Transparenzgebots zu besonderen Vertraulichkeitsregeln: Interessenabwägung
Art. 7 BGÖ
[Zum Entscheid](#)
- Urteil des Bundesgerichts vom 18. Mai 2016 (1C_296/2015)
Zugang zu Liste der Anzahl von Amtshilfeersuchen im Steuerbereich darf wegen Beeinträchtigung ausserpolitischer, diplomatischer Interessen eingeschränkt werden
Öffentlichkeitsprinzip, Zugang zu amtlichen Dokumenten, Interessenabwägung, Ermessensspielraum der Behörde (EStV)
Art. 7 Abs.1 lit.d BGÖ
[Zum Entscheid](#)

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

- Urteil des Bundesgerichts vom 9. Mai 2016 (2C_386/2015)
Radiosendung verletzte Sachgerechtigkeitsgebot, Beschwerde von Tierschützer Kessler gegen UBI-Entscheid gutgeheissen
Programmbeschwerde, UBI, Sachgerechtigkeitsgebot, massgeblicher Gesamteindruck
10 EMRK, Art. 4 Abs 2 RTVG
[Zum Entscheid](#)
- Entscheid der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 8. April 2016 (b.728)
Bei satirischen Beiträgen gilt das Sachgerechtigkeitsgebot nur beschränkt. Beschwerde einer SVP-Ortspartei gegen «Zytlupe» abgewiesen.
Populärbeschwerde, Meinungsäusserungs- und Kunstfreiheit, Satire, Sachgerechtigkeitsgebot
Art. 16 und 21 BV, Art. 4 Abs.1 RTVG
[Zum Entscheid](#)

5. Urheberrecht – Droit d’auteur

5.1 Rechtsschutz - Protection juridique

- Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. April 2016 (4A_1/2016)
Verletzung oder Gefährdung des Urheberrechts als Voraussetzung für Auskunftsansprüche nach Art. 62 Abs.1 lit.c URG
Urheberrecht, Auskunftsanspruch nach URG und Datenschutzgesetz
Art. 62 Abs.1 lit.c URG, Art. 8 DSGVO
[Zum Entscheid](#)

8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/autorégulation

8.1 Ethik des Journalismus - Ethique du journalisme

- Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 19. Mai 2016 (10/2016; Hürlimann c. «Blick»)
«Blick» hat mit seiner Berichterstattung über die so genannte Zuger Sexaffäre die Wahrheits- und die Anhörungspflicht sowie die Privatsphäre von Markus Hürlimann verletzt
Wahrheitspflicht, Namensnennung, Recht auf Anhörung bei schweren Vorwürfen, Unschuldsvermutung, Quellenbearbeitung
Ziff. 1, 3 und 7 «Erklärung», Richtlinie 3.1 und 3.8
[Zum Entscheid](#)

- Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 19. Mai 2016 (11/2016; Hürlimann c. «Schweizer Illustrierte»)
«Schweizer Illustrierte» hat mit Interview zur «Zuger Affäre» den Journalistenkodex nicht verletzt

Wahrheitspflicht, Wahrheitssuche, Quellenbearbeitung, Privatsphäre, Unschuldsvermutung

Richtlinie 1.1. und 3.1, Ziff. 7 der «Erklärung»

[Zum Entscheid](#)

- Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 19. Mai 2016 (9/2016; Spiess-Hegglin c. «Blick»)
«Blick» hat die Privat- bzw. Intimsphäre von Spiess-Hegglin und damit Ziff. 7 des Journalistenkodex verletzt

Privatsphäre, Intimsphäre, Identifizierung, Berichterstattung über Sexualdelikte

Ziff. 7 der «Erklärung», Richtlinie 7.7

[Zum Entscheid](#)

Literatur/Bibliographie

Eckert Martin, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten, Schweizerische Juristen-Zeitung, 11/2016, S. 265–274.

Hilty Reto/Schmid Oliver/Weber Markus, Urheberrechtliche Beurteilung von «Embedding», in: sic! 5/2016, S. 237–250.