

# Recherchen mit versteckter Kamera – strafrechtlich legal?

*Franz Riklin*

*Professor für Strafrecht an der Universität Fribourg*

Sendungen mit versteckter Kamera haben eine lange Tradition, namentlich wenn sie zu Unterhaltungszwecken eingesetzt wird. Verwiesen sei auf die seinerzeitige Sendung «Teleboy» des Schweizer Fernsehens und die deutsche Sendung «Verstehen Sie Spass». In jüngerer Zeit wird die versteckte Kamera vermehrt auch für Recherchen eingesetzt, etwa zur kritischen Würdigung der Tätigkeit von Versicherungsberatern oder Schönheitschirurgen mit Hilfe von «Lockvögeln», die sich zum Schein beraten lassen wollen. Verwiesen sei auf die Praktiken der Sendung «Kassensturz».

Solche Methoden können strafrechtlich, zivilrechtlich und berufsethisch von Belang sein. Im Folgenden ist nur von der strafrechtlichen Seite die Rede.

## 1. Verbotene Aufnahmen

Es geht um den Schutz der Privat- und Geheimsphäre, aber auch des Rechts am eigenen Wort, weil in der Regel auch Gespräche aufgenommen werden. Die heimliche Aufnahme eines nichtöffentlichen Gesprächs durch einen Gesprächsteilnehmer ist gemäss Art. 179<sup>ter</sup> StGB verboten. Nichtöffentlich ist ein Gespräch, wenn es nur von den Gesprächsteilnehmern wahrgenommen wird und nicht eine Lautstärke aufweist, die es für Dritte ohne besondere Anstrengungen hörbar macht. Bei der visuellen Bespitzelung ist der strafrechtliche Schutz restriktiver. Verboten sind gemäss Art. 179<sup>quater</sup> StGB Aufnahmen von Tatsachen aus dem Geheimbereich oder nicht jedermann ohne Weiteres zugängliche Tatsachen aus dem Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung. Es geht insbesondere um den häuslichen Bereich, die eigenen vier Wände. Das Sprechzimmer eines Arztes gehört sicher dazu, auch wenn darin eine berufliche Aktivität stattfindet; denn auch dort spielen sich Lebensvor-

gänge ab, die nicht ohne weiteres jedermann zugänglich sind.

Nicht nur Aufnahmen sind strafbar, sondern auch deren Auswertung oder ihre Bekanntgabe an Dritte.

Nicht jede beliebige Aufnahme ist verboten, sondern nur die Abbildung eines besonders «persönlichkeitsträchtigen» Objekts. Dies liegt in erster Linie bei Verletzungen des Rechts am eigenen Bild vor, d.h. dann, wenn es um Aufnahmen der Physiognomie einer Person geht. Allerdings hat das Bundesgericht in BGE 118 IV 41 bezweifelt, ob ein Portrait im Sinn eines Brust-Bildes mit neutralem Hintergrund in einem zur Privatsphäre im engeren Sinn gehörenden Bereich vom strafrechtlichen Schutz erfasst ist. Strafbar ist jedenfalls, wenn jemand in einer Weise fotografiert wird, die mehr als eine blosse Portrait-Aufnahme darstellt.

Vom Schutz gegen visuelle Bespitzelung erfasst sind innerhalb des erwähnten Bereichs auch *Objekte*, die eine enge Beziehung zum geschützten Privatbereich und eine besondere Beziehung zur betroffenen Person haben, also z.B. Interieurs einer Wohnung, eines Schlafzimmers, eines Badezimmers etc. Diskussionen zu dieser Thematik gab es bisher etwa bei der Frage, ob Abbildungen tierquälerisch gehaltener Tiere aus einer Stallung die Privatsphäre des Stallbesitzers verletzen, was man sicher verneinen kann.

Der Tatbestand des Art. 179<sup>ter</sup> und bei Innenaufnahmen des Art. 179<sup>quater</sup> ist deshalb beim Einsatz der versteckten Kamera vielfach erfüllt.

## 2. Rechtfertigungsgründe

Eine *Einwilligung* würde nur in Betracht fallen, wenn sie *vor* der Aufnahme erfolgt. Wer mit der versteckten Kamera operieren

### **Zusammenfassung:**

**Aufnahmen mit versteckter Kamera im Geheim- und Privatbereich und deren Auswertung erfüllen vielfach den Tatbestand von Art. 179<sup>quater</sup> StGB und, weil auch Gespräche heimlich aufgenommen werden, von Art. 179<sup>ter</sup> StGB. Als Rechtfertigungsgrund entfällt die Einwilligung, da diese vor einer Aufnahme bewusst nicht eingeholt wird. Die nachträgliche Zustimmung macht eine Aufnahme nicht rechtmässig, hat aber in der Regel zur Folge, dass die Betroffenen keinen Strafantrag stellen. Als Rechtfertigungsgrund kommt die Wahrnehmung berechtigter Interessen in Frage, wenn die Akteure hochwertige Ziele verfolgen, die visuelle Bespitzelung nicht allzu schwer wiegt und nicht weniger persönlichkeitsbeeinträchtigende Alternativen zur Verfügung stehen.**

**Résumé:** *Les enregistrements effectués à l'aide d'une caméra cachée dans la sphère privée ou secrète tombent sous le coup de l'art. 179<sup>quater</sup> CP. Dans la mesure où des conversations sont l'objet d'enregistrements clandestins, l'art. 179<sup>ter</sup> CP trouve également application. Le consentement du lésé ne saurait être retenu comme motif justificatif dès lors que ledit consentement éventuel n'est par la nature même du procédé – jamais antérieur à l'enregistrement. Le consentement ultérieur ne rend pas la prise de vue licite; en revanche, il a en pratique pour conséquence que les intéressés n'engagent pas de poursuites pénales. La question de la prise en compte d'intérêts légitimes en tant que motif justificatif se pose lorsque les protagonistes poursuivent des objectifs de grande importance, lorsque l'espionnage visuel n'est pas inutilement intrusif et qu'aucune autre alternative moins attentatoire aux droits de la personnalité n'était à disposition.*

will, vermeidet dies bewusst. Eine nachträgliche Einwilligung macht die allenfalls widerrechtliche Aufnahme nicht ungeschehen. Sie wirkt sich insofern indirekt aus, als es sich bei den erwähnten Straftatbeständen um Antragsdelikte handelt, so dass ein nachträglich Zustimmender regelmässig keinen Strafantrag stellt.

Bedeutsam ist der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund der *Wahrnehmung berechtigter Interessen*. Dieser ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt. Seine Grenzen sind jedoch umstritten. Es geht um die Sicherung allgemeiner Freiheitsrechte und die Verwirklichung sozial erwünschter oder gebilligter Zustände. Einig ist man sich, dass dieser Rechtfertigungsgrund auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben muss. Es würde nicht angehen, mit einer grosszügigen Praxis Wertungen des Gesetzgebers breitspurig auszuhelben und die Grenzen des strafbaren Verhaltens aufzulösen.

Dieser Rechtfertigungsgrund sollte zumindest dann zum Zuge kommen, wenn einerseits der «Täter» mehr oder weniger wichtige Ziele verfolgt und andererseits die Beeinträchtigung des Betroffenen geringfügig bleibt, so z.B. dann, wenn sofort nach einer Aufnahme die Zustimmung der abgebildeten oder aufgenommenen Person eingeholt und andernfalls unverzüglich eine Löschung vorgenommen wird. Denn diesfalls ist die Beeinträchtigung der betroffenen Person gering. Diese Praxis wurde z.B. bei der Sendung «Teleboy» befolgt. Ohne diese Möglichkeit wären auch «Schnappschüsse» gar nicht mehr möglich. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen kann man auch bei einem Hausfriedensbruch von Tiereschützern bejahen, die in eine Stallung eindringen und Aufnahmen machen, um Missbräuche in der Tierhaltung zu dokumentieren. In diesem Fall ist das Ziel der Eindringlinge legitim und die Beeinträchtigung des Hausfriedens des Stallbesitzers geringfügig.

Nach der Praxis des Bundesgerichts muss die Tat erstens zur Erreichung des berechtigten Zieles ein notwendiges und angemessenes Mittel sein, zweitens muss es diesbezüglich den einzig möglichen Weg darstellen und drittens offenkundig weniger schwer wiegen als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht (BGE 120 IV 213). In BGE 127 IV 166 verweigerte das

Bundesgericht das Vorliegen dieses Rechtfertigungsgrundes sogar dann, als sich ein italienischer Journalist zum Zweck der Recherche unter dem Namen eines Kosovo-Albaners zusammen mit wahren Flüchtlingen durch ein Loch im Grenzzaun an der Südgrenze der Schweiz in unser Land einschleusen liess, um aus erster Hand über das Schicksal dieser heimlich auf Schweizer Boden weilenden Personen zu berichten, obwohl die Rechtsverletzung (illegale Überschreitung der Grenze) marginal und eine verdeckte Recherche aus journalistischer Sicht ergiebiger war als andere Methoden der Informationsbeschaffung.

### 3. Folgerungen

Bei den jüngsten Fällen der Sendung «Kassensturz» mit Schönheitschirurgen ist nicht bekannt, ob die unmittelbar Betroffenen der Ausstrahlung der Aufnahmen zugestimmt haben. Wenn sie es nicht taten, bestünde im Prozessfall für die konkret praktizierte Recherchierpraxis ein beträchtliches Risiko, zumal auch Praxispersonal abgebildet und die Aufnahmen Dritten zur «Begutachtung» weitergegeben wurden und damit eine potentiell strafbare Auswertung stattfand. Für die Zulässigkeit solcher Aufnahmen spricht zwar die Aufdeckung allfälliger Missstände. Wendet man jedoch die Praxis des Bundesgerichts zum Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen an, sprechen weniger persönlichkeitsverletzende gleichwertige Alternativen gegen die Zulässigkeit. So hätte das Gesagte und Festgestellte auch verbal wiedergegeben werden können, was aus strafrechtlicher Sicht nicht verboten wäre. Bei Gefahr des Abstreitens hätte ferner die Möglichkeit bestanden, die Täuschung weiterzutreiben, bis seitens des Bessitzelten etwas Schriftliches vorliegt (z.B. ein Kostenvoranschlag für eine unnötige Operation). Harmloser als das Vorgefallene (aber nicht unproblematisch) wäre es gewesen, Aussagen heimlich aufzunehmen, um sich nur im Fall des Abstreitens darauf zu berufen. Geht man zudem davon aus, dass in den betreffenden Fällen primär problematische Praktiken von öffentlichem Interesse sind und weniger der einzelne «fehlbare» Arzt, hätte man eine Anonymisierung durch Unkenntlichmachung der Physiognomie der abgebildeten Personen und anderer identifizierender Details vornehmen können. ■

# Convergence et libéralisation du dernier kilomètre: miroir aux alouettes?

*Leila Roussianos*

*Docteur en droit, avocate en l'étude MCE à Lausanne*

Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2007, le dernier bastion du monopole de Swisscom sur le marché des télécommunications est définitivement aboli. Alors que cette entreprise bénéficiait encore de l'exclusivité sur le dernier kilomètre, soit la liaison de cuivre du central téléphonique local à l'utilisateur final, elle doit désormais laisser tout autre fournisseur de services de télécommunications y accéder pour offrir ses services de télécommunication directement à l'utilisateur final. Concrètement, jusqu'à présent, si l'abonné d'une ligne téléphonique était libre de passer par un autre opérateur pour ses communications téléphoniques, il devait nécessairement disposer de l'abonnement de base chez Swisscom, soit le raccordement téléphonique.

Désormais, d'un point de vue technique, le fournisseur de services de télécommunication qui n'a pas une position dominante sur le marché a deux possibilités pour accéder directement à l'utilisateur final:

1. Soit il bénéficie d'un accès totalement dégroupé à la boucle locale, en installant ses propres installations dans le central local de l'opérateur dominant, puis en reliant ses installations à l'aide du câble de cuivre à l'utilisateur final. Ce dernier pourra ainsi recourir exclusivement aux services du fournisseur qui n'a pas de position dominante, à l'exclusion de toute autre fournisseur de services de télécommunication (art. 11 al. 1 litt. a LTC).

2. Soit il utilise les infrastructures existantes de l'opérateur dominant. Ce droit d'utilisation est cependant limité à quatre ans (Art. 11 al. 1 litt. b LTC). En principe, à l'issue de cette période, le fournisseur de services de télécommunications doit être en mesure de

disposer de sa propre infrastructure et offrir un accès totalement dégroupé.

## Rivaliser avec l'opérateur historique

Dans son rapport explicatif de juillet 2002, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (ci-après le Département) constatait que les entreprises concurrentes n'arrivaient pas à rivaliser avec l'opérateur historique, qui lui possédait déjà un réseau depuis de nombreuses années et qui de surcroît bénéficiait de la protection de ses droits exclusifs. Et le Département de constater que «les entreprises concurrentes restent donc dépendantes des services fournis par l'opérateur historique pour offrir leurs propres services aux abonnés finals. C'est le cas non seulement pour la téléphonie, mais aussi pour les services de données à large bande, permettant notamment un accès à Internet à hauts débits, offerts grâce aux techniques de revalorisation de la ligne d'abonné (xDSL) ou par l'entremise de lignes louées» (Rapport explicatif du Département sur la modification de la loi sur les télécommunications, p. 3).

Selon le système révisé de la Loi sur les télécommunications (ci-après LTC), l'accès aux infrastructures de l'opérateur dominant n'est pas systématique. Celui qui souhaite y accéder doit tout d'abord formuler une requête auprès de l'opérateur dominant. L'accord intervenu entre le fournisseur de services et l'opérateur dominant doit nécessairement revêtir la forme écrite et comprendre au moins les indications suivantes: les conditions commerciales générales; la description des services d'accès; les caractéristiques techniques de ces derniers; les modalités de mise en oeuvre, de

**Zusammenfassung:** Die Entbündelung der letzten Meile wurde mit der Revision des Fernmeldegesetzes, in Kraft seit dem 1. April 2007, eingeführt. Nun können alle Fernmeldediensteanbieterinnen ihre Dienste direkt bis zum Endkunden anbieten. In Anbetracht der Konvergenz der Kommunikationsmittel (namentlich Telefon, Fernsehen und Internet) kann man sich fragen, ob diese Liberalisierung nicht zu spät erfolgte. Gebündelte Dienste sind bereits am Markt erhältlich; die Konsumentinnen und Konsumenten werden gezwungen, Gesamtpakete zu abonnieren und können nicht nur das eine oder andere Angebot auswählen. Wird der nun allen zugängliche technologische Fortschritt die Liberalisierungsziele, die mit der Entbündelung der letzten Meile beabsichtigt waren, beeinträchtigen?

**Résumé:** La libéralisation du dernier kilomètre a été consacrée lors de la révision de la loi sur les télécommunications, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2007. Désormais, tout fournisseur de services de télécommunication pourra offrir les services qui transitent par la boucle locale directement aux consommateurs finaux. Cependant, face à la convergence entre les divers moyens de communication (notamment téléphonie, télévision et internet), l'auteur se demande si cette libéralisation n'est pas intervenue trop tard. Des offres pour des services groupés (bouquet de services) sont déjà disponibles sur le marché. Elles sembleraient contraindre le consommateur à souscrire à l'ensemble des services offerts, sans que celui-ci ne puisse choisir uniquement l'un ou l'autre des services en question. L'avancée technologique et son accessibilité au grand public risquent-elles d'entraver le but poursuivi par le législateur en libéralisant le dernier kilomètre?

fonctionnement et de mise hors service de l'accès (art. 64 de l'Ordonnance sur les services de télécommunication (ci-après OST)). En cas de désaccord, le fournisseur de services de télécommunication peut demander à la ComCom de rendre une décision. Il devra alors suivre les exigences de forme et la procédure décrite à l'art. 70 OST. L'accès pendant la procédure est garanti par voie de mesures provisionnelles (art. 71 OST). La procédure est rapide, puisque la ComCom doit statuer dans un délai de sept mois, une fois qu'elle est saisie (art. 11a LTC). La décision a pour but de déterminer si le prix que veut exiger l'opérateur dominant est orienté sur ses coûts et s'il est conforme à la pratique usuelle du marché. Elle tend également à vérifier que des fournisseurs tiers ne sont pas discriminés par rapport aux services commerciaux du fournisseur dominant, à ses filiales ou à ses partenaires (Message relatif à la modification de la loi sur les télécommunications, FF 2003 49, p. 7245 et ss (7264)).

#### L'offre triple play

Cet accès à la boucle locale, soit la libéralisation du dernier kilomètre, n'intervient-il pas trop tard? Les technologies alternatives ne vont-elles pas vider de sa substance cette libéralisation? Si, à l'époque où le législateur s'est penché sur la libéralisation du dernier kilomètre, il avait effectivement tenu compte des technologies alternatives, soit les réseaux câblés, les réseaux locaux sans fil (Wireless Local Loop) ou encore le réseau électrique (Power Line communication), pour constater qu'elles ne constituaient pas une offre suffisamment concurrentielle, il n'aurait pas encore suffisamment mesuré les effets de la convergence des moyens de communication. Aujourd'hui, les consommateurs bénéficient de plus en plus de l'offre triple play. Ce terme anglais, couramment utilisé, recouvre en réalité la fourniture de trois services par un seul et même canal: Internet, téléphonie fixe et télévision. Ces trois services peuvent conjointement être offerts tant par les opérateurs de câble que par les fournisseurs d'accès à Internet fournissant l'ADSL. Lorsque le service est offert par le biais du câble téléphonique, le triple play est fourni par une combinaison de fibre optique et une technologie digital subscriber line (DSL). La fibre optique permet d'at-

teindre les emplacements lointains alors que la technologie DSL permet l'accès au dernier kilomètre.

Les câblo-opérateurs utilisent quant à eux le câble coaxial pour permettre la transmission des données sur le dernier kilomètre.

En définitive, avec le triple play, la concurrence entre câblo-opérateurs et fournisseurs de services de télécommunication par le biais de la ligne téléphonique devrait être concrète. L'interopérabilité entre les infrastructures des uns et des autres n'est pas prévue par la loi. En outre, un fournisseur peut demander à accéder aux infrastructures de câble, pour autant que leur capacité soit suffisante (art. 11 LTC).

Alors qu'en libéralisant le dernier kilomètre, le législateur a voulu renforcer la concurrence sur le marché des télécommunications, il y a fort lieu de parier que les nouvelles offres triple play seront un frein à cette concurrence.

En effet, la LTC autorise un fournisseur de services de télécommunications à offrir un bouquet de services au consommateur final. Cependant, l'opérateur dominant doit aussi offrir ses services séparément (art. 12 LTC). Or, il semblerait que la pratique tende déjà à s'éloigner des exigences légales, notamment quant à la possibilité pour un consommateur d'exiger de l'opérateur dominant ses services séparément.

Aujourd'hui, Swisscom offre la télévision par le câble téléphonique, soit l'offre «Bluewin TV». Là où le bât blesse, c'est que pour bénéficier de Bluewin TV, il faut non seulement disposer d'un accès ADSL Bluewin, mais aussi d'un raccordement Swisscom Fixnet.

#### Un frein à la concurrence?

La loi prévoit certes que pour certains services le fournisseur de services de télécommunication n'est pas contraint de les offrir à la carte, si cela se justifie pour des motifs techniques ou économiques ou en raison de considérations tenant à la qualité ou à la sécurité (art. 12 al. 2 LTC). Mais n'y a-t-il pas un risque concret que l'exception précitée ne devienne la règle et que les motifs techniques ou autres soient mis en avant

pour contraindre le consommateur à conclure pour le bouquet offert par le fournisseur des services de télécommunication, ce qui constitue inévitablement un frein à la concurrence?

L'offre de services en bouquet, qui en soi est admissible, pourrait être constitutive de concurrence déloyale en tant qu'elle concerne une vente forcée (vente liée) et dans la mesure où l'opérateur dominant consolide sa position s'il contraint le consommateur à résilier son abonnement chez un autre concurrent pour contracter auprès de lui. S'agissant du cas Swisscom ci-dessus, s'il est en effet techniquement compréhensible que celui qui veut s'abonner à Bluewin TV doive disposer d'un abonnement ADSL chez le même opérateur, on comprend difficilement en revanche qu'il doive aussi bénéficier d'un abonnement pour un raccordement téléphonique fixe. Les offres pour la télévision numérique en France notamment ne couplent que le service télévision avec celui d'Internet ADSL (Voir notamment le site internet de «Free»: <http://adsl.free.fr/tv/>). L'obligation de s'abonner à Swisscom fixnet pour accéder aux services de Bluewin TV pourrait être constitutive d'une forme de vente forcée qui contraint le consommateur à s'abonner aux trois services de Swisscom alors même que seuls Bluewin TV et un abonnement internet sont nécessaires au bon fonctionnement de Bluewin TV. Il s'agit là d'un procédé de vente particulièrement agressif au sens de l'art. 3 h de la loi sur la concurrence déloyale: le consommateur final se voit entraver dans sa liberté de choix par l'obligation qui lui est faite de s'abonner à un service qui n'est pas nécessaire au bon fonctionnement de

Bluewin TV, soit l'abonnement de la ligne de téléphonie fixe. Enfin, il est évident qu'une telle pratique a pour effet de renforcer la position dominante de l'opérateur historique en tant que fournisseur de services de téléphonie fixe.

En définitive, si la libéralisation du dernier kilomètre était absolument nécessaire pour atteindre un niveau de concurrence sur le marché des télécommunications, il y a lieu de constater que l'avancée technologique et les offres actuellement disponibles sur le marché risquent d'entraver le bon déroulement de la concurrence recherchée. Les offres triple play sont de plus en plus fréquentes. Elles couvrent la téléphonie fixe, la connexion Internet et la télévision numérique. Sous le couvert des difficultés technologiques ou d'autres motifs liés à la qualité de leurs services, les fournisseurs peuvent tenter de justifier les raisons pour lesquelles ils pourraient contraindre les consommateurs à s'abonner au bouquet de services offerts, sans pouvoir bénéficier de l'un ou l'autre service uniquement. Dans ce cas, même si, techniquement, les autres fournisseurs pourraient bénéficier de leurs infrastructures, il n'en demeure pas moins que cet accès n'aura qu'une efficacité moindre, dès lors que le consommateur final devra obligatoirement s'abonner au bouquet offert pour bénéficier de l'un ou l'autre des services dont il a besoin. La LTC modifiée comprend certes une esquisse de solution à son art. 12, cependant il y lieu d'espérer que les autorités compétentes, notamment en matière de concurrence, sauront intervenir pour éviter toute pratique qui aura pour effet d'anéantir le but recherché par le législateur avec cette nouvelle modification législative. ■