

**Rena Zulauf** Dr. iur. Rechtsanwältin, LL.M., Zürich/**Kathrin Bütikofer** lic. iur., Zürich

rena.zulauf@zblaw.ch; kathrin.buetikofer@gmx.ch

## Die versteckte Kamera als journalistische Recherchemethode

**Résumé** Dans des émissions du programme de consommateurs «Kassensturz» la télévision de la Suisse allemande a récemment utilisé la caméra cachée comme moyen de recherche à plusieurs reprises. Le tribunal fédéral a ensuite estimé, dans un arrêt concernant des agents d'assurances, que l'emploi de la caméra cachée violait les articles 179<sup>bis</sup> et 179<sup>ter</sup> CP et que telle infraction n'était pas justifié par la sauvegarde d'intérêts légitimes. Ce fait justificatif non écrit n'est admis que très restrictivement par la doctrine et la jurisprudence. Pour justifier un acte incriminé, il faut que celui-ci constitue un moyen nécessaire et adéquat pour la sauvegarde d'un intérêt légitime, qu'il n'y ait pas de voie alternative et que la violation de l'ordre juridique pèse moins lourd que l'intérêt en question. Par conséquent, il faut que les enregistrements se limitent strictement aux fournisseurs qui violent gravement des obligations fondamentales. Au surplus, des enregistrements secrets paraissent seulement indispensables pour démontrer des comportements complètement inconnus, encore non prouvés ou simplement incroyables.

**Big Brother is watching you:** In seinem Roman «1984» beschreibt George Orwell einen fiktiven Staat, der seine Bürgerinnen und Bürger permanent und bis in die intimsten Lebensbereiche hinein überwacht. Mit diesem Schreckensszenario vor Augen warnen Bürgerrechtler und zahlreiche Medienschaffende vor einem ausufernden Einsatz verdeckter *staatlicher Überwachungsmaßnahmen*. Auch Überwachungsmaßnahmen von *privaten Unternehmen und Organisationen* (z.B. am Arbeitsplatz, bei Sportanlässen usw.) stehen oftmals in der medialen Kritik. Gleichzeitig sind verdeckte Aufnahmen in letzter Zeit vermehrt von den Medien selbst zu *journalistischen Recherchezwecken* eingesetzt worden. Über deren Zulässigkeit herrscht bis heute in der Schweiz keine Klarheit. Der folgende Beitrag rekapituliert die jüngsten Schweizer Fälle, zeigt den rechtlichen Rahmen<sup>1</sup> auf und nimmt zur Debatte kritisch Stellung.

### I. Das Comeback der versteckten Kamera im Schweizer Fernsehen

#### 1. Versicherungsberater im Test

Am 25. März 2003 strahlte die populäre Konsumentensendung «Kassensturz» des Schweizer Fernsehens SF einen Beitrag zur *Kundenberatung durch Versicherungsvertreter* für gemischte Lebensversicherungen aus.<sup>2</sup> Einige Wochen zuvor hatte eine als Lockvogel getarnte Redaktorin des «Kassensturz» verschiedene Versicherungsberater in eine präparierte Wohnung

zu einer angeblich ratsuchenden Person eingeladen. Die Gespräche wurden mithilfe von zwei versteckten Ton-Bild-Kameras heimlich im Nebenzimmer der Wohnung aufgenommen. Bei der auszugsweisen Ausstrahlung wurden Gesicht und Stimme der Berater verfremdet, um sie unkenntlich zu machen (gepixelte Bilder und elektronisch verstellte Stimmen). Einer der Berater schloss besonders schlecht ab. Er bot der ratsuchenden Person zu Beginn des Gesprächs gleich das Du an, schlug ihr eine andere Anlage als gewünscht vor und offerierte ihr zum Schluss eine Stelle als Versicherungsagentin. Gegen zwei direkt beteiligte Journalistinnen, den Redaktionsleiter des «Kassensturz» sowie den Chefredaktor SF, Ueli Haldimann, wurden in der Folge Strafverfahren wegen Delikten gegen den Geheim- und Privatbereich (Art. 179<sup>bis</sup> ff. StGB) eröffnet, die erstinstanzlich mit Freisprüchen und zweitinstanzlich mit Schuldsprüchen endeten. In einer gemeinsamen Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht verlangten die Angeklagten, sie seien vollumfänglich freizusprechen. Zur Begründung beriefen sie sich im Wesentlichen auf die Rechtfertigungsgründe der *Wahrung berechtigter Interessen* und der Ausübung von gesetzlich erlaubten *Berufspflichten* (Art. 14 StGB).

Das *Bundesgericht* erachtete in seinem Entscheid vom 7. Oktober 2008<sup>3</sup> den Einsatz der versteckten Kamera wie die Vorinstanz als unrechtmässig und bestätigte den Verstoss gegen Art. 179<sup>bis</sup> bzw. Art. 179<sup>ter</sup> StGB. Das Vorgehen des «Kassensturz», so das Bundesgericht, lasse sich nicht mit der Wahrung berechtigter Interessen oder mit der Ausübung journalistischer Berufspflichten rechtfertigen. Insbesondere sei es mit Blick auf die Kontroll- und Kritikfunktion der Medien *nicht notwendig* gewesen, die Beratungsgespräche aufzuzeichnen. Das Risiko, dass im Falle eines Rechtsstreits Aussage gegen Aussage stehe, hätten Fernsehjournalistinnen und -journalisten hinzunehmen. Die kritische Berichterstattung werde dadurch nicht in unzulässiger Weise erschwert, schenke doch das Publikum angesichts der Interessenlage den Aussagen des recherchierenden Journalisten eher Glauben als denjenigen des kritisierten Gesprächspartners. Aus Art. 93 BV und dem RTVG ergebe sich ebenfalls keine Rechtfertigung für die verdeckte Aufzeichnung. Dass ein solches Vorgehen die Arbeit der Medienschaffenden erleichtere und die Attraktivität von Fernsehsendungen erhöhe,

<sup>1</sup> Die zivil- und datenschutzrechtlichen Aspekte werden hier ausgeblendet; vgl. dazu etwa Studer, Zur Rechtslage der «Versteckten Kamera»: Was gilt es bei dem Einsatz dieser gefährlichen journalistischen Waffe zu beachten?, Jusletter vom 5. März 2007, Rz. 7–14.

<sup>2</sup> Vgl. Sendung «Kassensturz» vom 25. März 2003, abrufbar unter <http://www.sf.tv/sendungen/kassensturz>.

<sup>3</sup> BGer vom 7. Oktober 2008, 6B.225/2008, E. 3.

sei rechtlich unerheblich. Das Urteil des Bundesgerichts wurde beim EGMR angefochten.<sup>4</sup>

## 2. Schönheitschirurgen auf dem Prüfstand

Der nächste Einsatz der versteckten Kamera galt der *Schönheitschirurgie*, welcher das Schweizer Fernsehen insgesamt drei Beiträge in «Kassensturz»-Sendungen vom Dezember 2006 und Februar 2007 widmete.<sup>5</sup> Der «Kassensturz» schickte die damals 19-jährige, ausserordentlich attraktive und sehr schlanke Schönheitskönigin Miss Argovia als Lockvogel in die Sprechstunden diverser plastischer Chirurgen. Begleitet von einer als Freundin getarnten Reporterin und ausgestattet mit einer versteckten Kamera, filmte das Duo die Gespräche mit den namentlich genannten Ärzten. Mit Ausnahme eines Arztes erklärten sich alle Schönheitschirurgen bereit, Eingriffe wie Fettabsaugen, Brustvergrösserung oder Aufspritzen der Lippen vorzunehmen. Einem Arzt wurde zudem vorgeworfen, die Brüste der Schönheitskönigin unnötig oft mit den Händen abgetastet zu haben. Bei der auszugsweisen Ausstrahlung der Aufnahmen wurden die betreffenden Ärzte nicht unkenntlich gemacht und namentlich genannt.

Die Beiträge lösten eine landesweite Debatte sowohl zum Thema «Schönheitschirurgie» als auch zu verdeckten Recherchemethoden durch Journalistinnen und Journalisten aus.<sup>6</sup> In der Folge wurden verschiedene Verfahren eingeleitet, die teilweise bereits abgeschlossen sind:

Auf eine Popularbeschwerde hin entschied die *Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen* (UBI) am 31. August 2007<sup>7</sup>, dass der streitige Beitrag das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletze. Hingegen habe das Schweizer Fernsehen ohne sachliche Notwendigkeit in gravierender Weise in die Privatsphäre des betreffenden Schönheitschirurgen eingegriffen, weshalb die Beschwerde insoweit gutzuheissen sei. Gegen diesen Entscheid erhob das Schweizer Fernsehen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Mit Urteil vom 26. Juni 2008<sup>8</sup> hob dieses den angefochtenen Entscheid der UBI mit der Begründung auf, die UBI sei lediglich dazu befugt, im öffentlichen Interesse Verletzungen der rundfunkrechtlichen Programmbestimmungen zu untersuchen. Die Beurteilung von anderen, insbesondere zivil- und strafrechtlichen Streitigkeiten sei hingegen Sache der dafür zuständigen ordentlichen Gerichte.

Ein von den Beiträgen nicht betroffener plastischer Chirurg reichte beim *Schweizer Presserat* eine Beschwerde gegen eine der Sendungen ein und forderte diesen auf, zum Thema Stellung zu beziehen. Er rügte die *Verletzung der Privatsphäre* (Richtlinie 7.1 zum Journalistenkodex) und einen Verstoss gegen Art. 179<sup>quater</sup> StGB. In seiner Beschwerdebegründung gab er zu bedenken, dass der Beitrag letztlich die Indikationsstellung zur Wahloperation einer mündigen Person kritisieren würde und nicht etwa ein kriminelles oder sonst wie verwerfliches Verhalten der gefilmten Ärzte. Der Chirurg schloss damit, dass bei Billigung der versteckten Kamera die Ausübung des Ärzteberufes nicht mehr in der von der Allgemeinheit gewünschten Form möglich sei. Der *Presserat* schützte in seiner Stellungnahme vom 25. Oktober 2007 das Vorgehen der Medienschaffenden und wies die Beschwerde vollständig ab. Nach Auffas-

sung des Presserates stand eine Verletzung der Privatsphäre gemäss Richtlinie 7.1 zum Journalistenkodex nicht zur Debatte, weil die Aufnahmen lediglich die berufliche Tätigkeit der Chirurgen betrafen. Eine Verletzung der Richtlinie 4.2 betreffend verdeckte Recherchen verneinte der Presserat zudem mit dem Argument, die Aufnahmen der Schönheitschirurgen seien durch ein *überwiegendes öffentliches Interesse* gerechtfertigt gewesen und hätten nicht durch eine *andere Recherchemethode* ersetzt werden können. Schliesslich betonte der Presserat die vom Schweizer Fernsehen in diesem Fall beachteten Rechte der aufgenommenen Chirurgen, sich zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen zu äussern und die Ausstrahlung der sie betreffenden Aufnahmen zu untersagen. Eine Beurteilung der Rechtmässigkeit unter dem Aspekt von Art. 179<sup>quater</sup> StGB nahm der Presserat hingegen nicht vor, weil dies nicht zu seinen Aufgaben gehört.<sup>9</sup>

Zwei betroffene Chirurgen und eine ebenfalls aufgenommene Praxisassistentin reichten schliesslich Strafanzeigen gegen die als Lockvogel auftretende Schönheitskönigin, die begleitende Reporterin, zwei Mitglieder des Redaktionsteams des «Kassensturz» sowie Chefredaktor Haldimann ein. In erster Instanz verurteilte das *Bezirksgericht Zürich* mit Urteil vom 28. Mai 2009<sup>10</sup> alle Angeklagten wegen Verstosses gegen die Art. 179<sup>ter</sup> und Art. 179<sup>quater</sup> StGB. Ohne die Stellungnahme des Presserates zu erwähnen, lehnte das Gericht die Berufung auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen ab. Zur Begründung verwies es im Wesentlichen auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 7. Oktober 2008 betreffend die «Kassensturz»-Sendung über die Versicherungsberater und verneinte insbesondere die Notwendigkeit des versteckten Kameraeinsatzes. Die angeprangerten Missstände seien im Grossen und Ganzen schon vorher allgemein bekannt gewesen. Es möge zwar sein, dass die Ausstrahlung von verdeckt aufgenommenen Gesprächen authentischer wirke und beim Zuschauer eher haften bleibe, darauf könne es aber nicht ankommen. Eine Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil ist derzeit vor dem Zürcher Obergericht hängig.

4 Vgl. NZZ Nr. 111 vom 15. Mai 2009, 45, «Mit versteckter Kamera beim Promi-Arzt».

5 Vgl. Sendungen «Kassensturz» vom 19. Dezember 2006 sowie vom 6. und 13. Februar 2007, abrufbar unter <http://www.sf.tv/sendungen/kassensturz>.

6 Vgl. etwa Studer, «Eine gefährliche Waffe», NZZ Nr. 39 vom 16. Februar 2007, 61; vgl. auch Schwaibold, *Journalistische Recherchemethoden und Strafrecht*, Medialex 2009, 77 ff.

7 Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 31. August 2007, b. 555, abrufbar unter [http://www.ubi.admin.ch/x/b\\_555.pdf](http://www.ubi.admin.ch/x/b_555.pdf).

8 BGER vom 26. Juni 2008, 2C.89/2008, teilweise publiziert in BGE 134 II 260.

9 Stellungnahme des Presserates Nr. 51/2007 vom 25. Oktober 2007: Verdeckte Recherche mit TV-Kamera. Vgl. auch die früheren Stellungnahmen des Schweizer Presserates zu verdeckten Recherchen (aber ohne versteckte Kamera), Nr. 50/2005 vom 25. November 2005: Verdeckte Recherche im Beichtstuhl (Werlen c. «Facts»); Nr. 14/2001 vom 19. Januar 2001: Inchieste mascherate (L'Inchiesta); Nr. 14/2000 vom 26. April 2000: Unlautere Methoden bei der Informationsbeschaffung für eine satirische Sendung (Parlamentsdienste c. TV3).

10 Urteil vom 28. Mai 2009, Prozess Nr. GG070547/U.

### 3. Zwischenfazit

Das Bundesgericht und der Presserat haben den Einsatz einer versteckten Kamera zu journalistischen Recherchezwecken bisher unterschiedlich beurteilt. Zu beachten ist freilich, dass sowohl die zugrunde liegenden Sachverhalte als auch die massgebenden Normen in den fraglichen Fällen verschieden waren. Das Bundesgericht beurteilte die Aufnahme der *Versicherungsvertreter* in Bezug auf einen Verstoß gegen die Vorschriften des StGB betreffend den Schutz des *Geheim- und Privatbereichs* (Art. 179<sup>bis</sup> ff. StGB), der Presserat beurteilte die Aufnahme der *Schönheitschirurgen* in Bezug auf einen Verstoß gegen die journalistische Berufspflicht zu *lauterer Informationsbeschaffung* (Ziffer 4 des Journalistenkodex und insbesondere Richtlinie 4.2 dazu). Im Kern ging es jedoch bei beiden Beurteilungen um dasselbe: die Frage, ob der Einsatz der versteckten Kamera zu journalistischen Recherchezwecken als grundsätzlich verbotenes Instrument der Informationsbeschaffung ausnahmsweise dann zulässig ist, wenn er ein notwendiges Mittel zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen darstellt. Im Folgenden ist diese Frage einerseits aus der Perspektive des Strafrechts, andererseits aus der Sicht der journalistischen Berufsregeln gemäss dem Journalistenkodex des Schweizer Presserates näher zu untersuchen.

## II. Die strafrechtliche Behandlung der versteckten Kamera zu journalistischen Recherchezwecken

### 1. Die Tatbestände zum Schutz des Geheim- oder Privatbereichs (Art. 179<sup>bis</sup>–179<sup>quater</sup> StGB)

#### a) Das Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche (Art. 179<sup>bis</sup> StGB)

Gemäss Art. 179<sup>bis</sup> StGB wird auf Antrag bestraft, wer ein «fremdes nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten, mit einem Abhörgerät abhört oder auf einen Tonträger aufnimmt» (Abs. 1). Ebenso wird auf Antrag bestraft, wer eine «Tatsache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung zu seiner Kenntnis gelangte, auswertet oder einem Dritten bekannt gibt» (Abs. 2). Schliesslich wird bestraft, wer eine «Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt oder Dritten zugänglich macht» (Abs. 3).

Die Strafnorm zielt unmittelbar auf diejenigen Personen, die ein Gespräch abhören, aufnehmen, auswerten, veröffentlichen oder aufbewahren, d.h. im Medienbereich auf *Journalistinnen und Journalisten*. Erfasst wird nur der Angriff auf ein fremdes, nichtöffentliches Gespräch. *Fremd* ist ein Gespräch für jeden, der nicht daran beteiligt ist. Der das Gespräch Aufnehmende selbst darf also (anders als bei Art. 179<sup>ter</sup> StGB) nicht zu den Gesprächsbeteiligten gehören.<sup>11</sup> *Nichtöffentlich* ist ein Gespräch dann, wenn es von beliebigen Dritten ohne besondere Anstrengung nicht verstanden werden kann.<sup>12</sup> Von Art. 179<sup>bis</sup> StGB geschützt wird mithin das *berechtigte Vertrauen in eine spezifische Gesprächssituation*.

Mit Blick auf die Tathandlung verlangt Art. 179<sup>bis</sup> StGB in einer ersten Variante, dass das fragliche Gespräch durch den Einsatz eines *technischen Hilfsmittels* abgehört wurde (Mikrofon, Kamera, Stethoskop, drahtloser Sender, Gerät zum «Anzapfen» von Telefonleitungen usw.). Der Lauscher, der sein Ohr an eine Türe hält, wird somit von dieser Bestimmung nicht erfasst.<sup>13</sup> Als zweite Variante nennt das Gesetz das Aufnehmen auf einen *Tonträger*, wobei unter Tonträger sämtliche analogen und digitalen, interaktiven und nichtinteraktiven Speichermedien in Frage kommen.<sup>14</sup> Gemäss Abs. 2 ist zum einen das *Auswerten* der unrechtmässig erlangten Informationen strafbar, wobei mit Auswerten das Verschaffen eines Vorteils gemeint ist, zum anderen die *Bekanntgabe* der erhaltenen Informationen an Dritte, d.h. an Aussenstehende (alle Personen ausser dem Täter sowie dem Verletzten selbst)<sup>15</sup>. Nach Abs. 3 ist schliesslich das *Aufbewahren* der illegalen Aufnahme sowie das *Zugänglichmachen* der Aufnahme an einen Dritten strafbar, womit das Vorspielen der Aufnahme gemeint ist.<sup>16</sup> Der subjektive Tatbestand verlangt Vorsatz oder Eventualvorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandselemente<sup>17</sup>. Die Anschlussdelikte gemäss den Abs. 2 und 3 der Strafnorm setzen voraus, dass der Täter weiss oder zumindest annehmen muss, dass die durch die Aufnahme erlangten Informationen durch eine gemäss Abs. 1 verbotene Handlung erlangt wurden.<sup>18</sup>

#### b) Das unbefugte Aufnehmen von Gesprächen (Art. 179<sup>ter</sup> StGB)

Art. 179<sup>ter</sup> StGB befasst sich im Gegensatz zu Art. 179<sup>bis</sup> StGB mit dem strafbaren Verhalten des *Gesprächsteilnehmers*. Auf Antrag wird wegen unbefugten Aufnehmens von Gesprächen demnach bestraft, wer «als Gesprächsteilnehmer ein nicht-öffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten, auf einen Tonträger aufnimmt» (Abs. 1); darüber hinaus wird bestraft, wer eine «Aufnahme, von der er weiss oder wissen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde,

11 Von Ins/Wyder, Basler Kommentar zum Strafrecht, Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), 2. Aufl. Basel 2007, Art. 179<sup>bis</sup> N 6, (zit. BSK-Bearbeiter); Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl. Bern 2003, § 12 N 26; Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 179<sup>bis</sup> N 3.

12 Vgl. BSK-von Ins/Wyder (Fn. 11), Art. 179<sup>bis</sup> N 10; Stratenwerth/Jenny (Fn. 11), § 12 N 24; Riklin, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, § 5 N 33; Stratenwerth/Wohlens, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2. Aufl. Bern 2009, Art. 179<sup>bis</sup> N 2; Donatsch et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, 17. Aufl. Zürich 2006, 286; Trechsel et al. (Fn. 11), Art. 179<sup>bis</sup> N 4.

13 Vgl. BSK-von Ins/Wyder (Fn. 11), Art. 179<sup>bis</sup> N 11.

14 Vgl. BSK-von Ins/Wyder (Fn. 11), Art. 179<sup>bis</sup> N 12.

15 Vgl. BSK-von Ins/Wyder (Fn. 11), Art. 179<sup>bis</sup> N 24 f.; Stratenwerth/Wohlens (Fn. 12), Art. 179<sup>bis</sup> N 4; Donatsch et al. (Fn. 12), 287; Trechsel et al. (Fn. 11), Art. 179<sup>bis</sup> N 7.

16 Vgl. BSK-von Ins/Wyder (Fn. 11), Art. 179<sup>bis</sup> N 30 f.; Stratenwerth/Wohlens (Fn. 12), Art. 179<sup>bis</sup> N 4; Donatsch et al. (Fn. 12), 287; Trechsel et al. (Fn. 11), Art. 179<sup>bis</sup> N 8.

17 Vgl. Stratenwerth/Jenny (Fn. 11), § 12 N 28.

18 Vgl. BSK-von Ins/Wyder (Fn. 11), Art. 179<sup>bis</sup> N 26; Stratenwerth/Jenny (Fn. 11), § 12 N 36.

aufbewahrt, ausgewertet, einem Dritten zugänglich macht oder einem Dritten vom Inhalt der Aufnahme Kenntnis gibt» (Abs. 2).

Der wesentliche Unterschied zu Art. 179<sup>bis</sup> StGB liegt im reduzierten Strafrahmen: Während die Tatbegehung durch einen Dritten mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht ist, muss der Gesprächsteilnehmer nur mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe rechnen. Abgesehen von der eigenen Gesprächsteilnahme des Täters und dem daraus folgenden Fehlen der ersten Tatbestandsvariante von Art. 179<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB (Abhören mit einem Abhörgerät) stimmen die Tatbestandselemente der beiden Strafnormen überein.

### c) Die Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte (Art. 179<sup>quater</sup> StGB)

Während die Art. 179<sup>bis</sup> und 179<sup>ter</sup> StGB ausschliesslich das gesprochene Wort schützen, erfasst Art. 179<sup>quater</sup> StGB die visuelle Bespitzelung. Strafbar ist demnach auf Antrag, wer eine «Tatsache aus dem Geheimbereich eines anderen oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines anderen ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt» (Abs. 1); strafbar ist ebenso, wer eine «Tatsache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie auf Grund einer nach Abs. 1 strafbaren Handlung zu seiner Kenntnis gelangte, ausgewertet oder Dritten bekannt gibt» (Abs. 2); schliesslich macht sich strafbar, wer eine «Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Abs. 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt oder einem Dritten zugänglich macht» (Abs. 3). Die Strafdrohung liegt bei Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe und entspricht somit derjenigen von Art. 179<sup>bis</sup> StGB.

Als Täter kommt einerseits der heimliche Eindringling in Frage, andererseits derjenige, der sich mit Einwilligung des Betroffenen in dem geschützten Bereich befindet und ohne Einwilligung Bildaufnahmen erstellt.<sup>19</sup> Der Tatbestand von Art. 179<sup>quater</sup> StGB schützt Tatsachen aus dem Geheimbereich sowie nicht jedermann ohne Weiteres zugängliche Tatsachen aus dem Privatbereich. Tatsachen sind in irgendeiner Weise wahrnehmbare Ereignisse oder Zustände aus der Gegenwart oder der Vergangenheit, die äusserlich wahrnehmbar in Erscheinung treten.<sup>20</sup> Unter Geheimbereich versteht man diejenigen Lebensvorgänge, die eine Person der Wahrnehmung und dem Wissen aller Mitmenschen entziehen bzw. nur mit ganz bestimmten anderen Menschen teilen will.<sup>21</sup> Der Privatbereich enthält diejenigen Lebensäusserungen, die der Einzelne gemeinhin mit nahe verbundenen Personen, aber nur mit diesen, teilen will.<sup>22</sup>

Bezüglich der Tathandlung fordert Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 1 StGB entweder das Beobachten der genannten Tatsachen mit einem Bildaufnahmegerät oder die Aufnahme dieser Tatsachen auf einen Bildträger. Als Bildaufnahmegerät gelten gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung nur Vorrichtungen, welche die Fixierung der Bildinformation erlauben, also Fotoapparate und Video- bzw. Filmkameras. Blosser Sehhilfen wie Feldstecher oder Fernrohre (ohne eingebaute Bildspeicherfunktion) sind demgegenüber keine tatbestandsmässigen Hilfsmittel<sup>23</sup>. Die Abs. 2 und 3 von Art. 179<sup>quater</sup> StGB enthalten sodann dieselben Verwertungsverbote wie die Art. 179<sup>bis</sup> und 179<sup>ter</sup> StGB. Der subjektive Tatbestand von Art. 179<sup>quater</sup> StGB erfordert wiederum Vorsatz bzw. Eventualvorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale<sup>24</sup>.

## 2. Die Rechtfertigungsgründe – insbesondere die Wahrnehmung berechtigter Interessen

Die Art. 179<sup>bis</sup>–179<sup>quater</sup> StGB nennen als objektives Tatbestandsmerkmal explizit die fehlende Einwilligung des Opfers. Tatbestandsausschliessend ist nur die vorgängige Einwilligung<sup>25</sup>. Erfolgt die Aufnahme unter klarer Zurschaustellung eines Abhör- bzw. Aufnahmegerätes, so kann regelmässig von einer gültigen konkludenten Einwilligung ausgegangen werden, wenn der Betreffende ohne Weiteres eine Aussage macht oder ein Gespräch (weiter-)führt.<sup>26</sup> Die nachträgliche Einwilligung führt zwar nicht zur Rechtmässigkeit der Tat, sie kann aber als konkludenter Verzicht auf das Stellen eines Strafantrages gemäss Art. 30 Abs. 5 StGB gedeutet werden.<sup>27</sup>

Der Rechtfertigungsgrund der gesetzlich erlaubten Handlung gemäss Art. 14 StGB, welcher auch die Beachtung einer gesetzlich vorgesehenen Berufspflicht abdeckt,<sup>28</sup> spielt im vorliegenden Zusammenhang des journalistisch motivierten Einsatzes einer versteckten Kamera nach zutreffender Auffassung des Bundesgerichts keine Rolle<sup>29</sup>.

In Betracht kommt bei verdeckten Recherchen durch Journalistinnen und Journalisten vor allem der in Lehre<sup>30</sup> und bun-

19 Vgl. BSK-Von Ins/Wyder (Fn. 11), Art. 179<sup>quater</sup> N 4.

20 Vgl. BGE 118 IV 41, E. 3, 44; BSK-von Ins/Wyder (Fn. 11), Art. 179<sup>quater</sup> N 5.

21 Vgl. BGE 118 IV 41, E. 4.a, 46; BSK-von Ins/Wyder (Fn. 11), Art. 179<sup>quater</sup> N 7; Riklin (Fn. 12), § 5 N 37; Nobel/Weber, Medienrecht, 3. Aufl. Bern 2007, 294 ff.

22 Vgl. BGE 118 IV 41, E. 4.b–f, 46 ff; BSK-von Ins/Wyder (Fn. 11), Art. 179<sup>quater</sup> N 8 ff; Riklin (Fn. 12), § 5 N 37; Nobel/Weber (Fn. 21), 294 ff.

23 Vgl. BGE 117 IV 31, E. 2, 32 ff; BSK-von Ins/Wyder (Fn. 11), Art. 179<sup>quater</sup> N 14; Donatsch, Strafrecht III: Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl. Zürich 2008, 393; Stratenwerth/Jenny (Fn. 11), § 12 N 55; Riklin (Fn. 12), § 5 N 36; Nobel/Weber (Fn. 21), 296; Trechsel et al. (Fn. 11), Art. 179<sup>quater</sup> N 6, wonach das Gerät die menschliche Sehleistung ersetzen, nicht nur verstärken muss. A.M. ist Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch Besonderer Teil, 3. Band: Delikte gegen den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 173–186 StGB, Bern 1984, Art. 179<sup>quater</sup> N 17 ff., der alle Sehhilfen bis auf die gewöhnliche Korrekturbrille erfassen möchte.

24 Vgl. BSK-von Ins/Wyder (Fn. 11), Art. 179<sup>quater</sup> N 17.

25 Riklin (Fn. 12), § 5 N 39, tritt dafür ein, dass auch eine sofort nach Abschluss der Aufnahme eingeholte Einwilligung bzw. eine allfällige sofortige Löschung der Aufnahme «von der Strafjustiz toleriert werden [sollte]».

26 Vgl. Stratenwerth/Jenny (Fn. 11), § 12 N 46; kritisch: Nobel/Weber (Fn. 21), 293.

27 Vgl. Riklin, Recherchen mit versteckter Kamera – strafrechtlich legal?, Medialex 2007, 55 f.; BSK-Riedo (Fn. 11), Art. 30 N 77; BGE 118 IV 167, E. 1.c, 172.

28 Vgl. BBl 1998, 1979 ff., 2004; Seelmann, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Basel 2009, Art. 14 N 6.

29 Vgl. BGer vom 7. Oktober 2008, 6B.225/2008, E. 3.8.

30 Vgl. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Aufl. Bern 2005, § 10 N 58; Donatsch/Tag, Strafrecht I: Verbrechenlehre, 8. Aufl. Zürich 2006, 254; BSK-Seelmann (Fn. 11), Art. 14 N 24; Trechsel et al. (Fn. 11), Art. 14 N 13; Riklin, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Verbrechenlehre, 3. Aufl. Zürich 2007, § 14 N 70; Killias/Kuhn/Dougois/Aebi, Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, Bern 2009, N 730 ff.

desgerichtlicher Rechtsprechung<sup>31</sup> seit Langem anerkannte *aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen*. Dieser mit dem rechtfertigenden Notstand verwandte Rechtfertigungsgrund dient dazu, die Wahrnehmung allgemein als positiv bewerteter gesellschaftlicher Rollen zu schützen. Es geht also nicht um die Rechtfertigung von Gefahrenabwehr, sondern darum, die Ausübung verfassungsmässig garantierter Freiheitsrechte zu sichern oder die Herstellung sozial erwünschter und gebilligter Zustände auf Kosten der Beeinträchtigung anderer, strafrechtlich geschützter Interessen zu ermöglichen.<sup>32</sup> Die Wahrnehmung berechtigter Interessen wird allerdings vom Bundesgericht nur unter sehr engen Voraussetzungen als Rechtfertigungsgrund anerkannt. Andernfalls würden die Wertentscheide des Gesetzgebers unterwandert, und die Rechtssicherheit ginge durch den generellen Vorbehalt einzelfallweiser Güterabwägungen verloren.<sup>33</sup> Das bedeutet, dass bei der Geltendmachung dieses Rechtfertigungsgrundes von vornherein Interessenkonflikte zur Debatte stehen müssen, die das geltende Recht nicht bereits abschliessend entschieden hat oder für die das geltende Recht keine spezifischen Entscheidungsgrundlagen und -verfahren vorsieht.<sup>34</sup>

Die restriktive Handhabung des Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen ist sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre anerkannt.<sup>35</sup> Das Bundesgericht nimmt eine mehrstufige *Angemessenheitskontrolle* bei der Prüfung dieses Rechtfertigungsgrundes vor. Das Argument, dass das verletzte Interesse deutlich weniger wiege als dasjenige, dem zum Durchbruch verholfen werden soll, reicht für eine Rechtfertigung noch nicht aus. Das Bundesgericht verlangt vielmehr kumulativ,

- dass die verletzende Handlung ein zur Erreichung des berechtigten Ziels *notwendiges und angemessenes Mittel* darstellt;
- dass die verletzende Handlung den *einzig möglichen Weg* darstellt, um dem berechtigten Interesse zum Durchbruch zu verhelfen, und
- dass der durch die verletzende Handlung bewirkte Angriff auf ein Rechtsgut zudem *offenkundig weniger schwer* wiegt als das berechnete Interesse<sup>36</sup>.

Im eingangs dargestellten *Versicherungsfall*<sup>37</sup> hat das Bundesgericht ein *erhebliches Interesse* einer breiteren Öffentlichkeit an der Information über allfällige Missstände in der Kundenberatung im Versicherungsgeschäft grundsätzlich anerkannt. Dieses Interesse könne schwerer wiegen als die Verletzung der Rechtsgüter durch Aufzeichnung eines Beratungsgesprächs und dessen (auszugsweise) Ausstrahlung in einer Fernsehsendung unter Verfremdung der Stimme<sup>38</sup>. Auch könne Journalistinnen und Journalisten nicht entgegengehalten werden, sie hätten die in der Berichterstattung angegriffene Person stattdessen bei den Strafverfolgungsbehörden oder einer Aufsichtsbehörde anzeigen können. Hingegen sei das inkriminierte Verhalten zur Erreichung des angestrebten Ziels der Information der Öffentlichkeit über Missstände bei der Beratung im Versicherungsgeschäft *nicht notwendig* und daher nicht durch den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen gerechtfertigt gewesen. Für eine kritische Berichterstattung über allfällige Missstände bei der Kundenberatung im Privatversicherungsgeschäft hätten vielfältige andere Möglichkeiten bestanden: Darstellung und Kommentierung der Jahresberichte der Om-

budsstelle für Privatversicherungen, Befragung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Ombudsstelle oder von unmittelbar betroffenen Kunden, Kommentierung von konkret abgeschlossenen Verträgen<sup>39</sup>. Dazu komme, so das Bundesgericht, dass das inkriminierte Verhalten lediglich bewiesen habe, was ein bestimmter Versicherungsvertreter im Rahmen eines bestimmten Beratungsgesprächs gesagt hatte. Für die Öffentlichkeit von Interesse sei aber gerade das gesamte *Ausmass* solcher schlechter Beratungsgespräche in der Versicherungsbranche. Dies könne aber die tatbestandsmässige Aufzeichnung eines konkreten Beratungsgesprächs und dessen Ausstrahlung in der Fernsehsendung nicht dokumentieren.<sup>40</sup> Zur verdeckten Recherche über Missstände im Versicherungswesen bedürfe es gar keiner Aufnahme auf einen Tonträger. Medienschaffende können die wesentlichen Äusserungen von Versicherungsvertretern nachträglich aufgrund von knappen Notizen sinngemäss protokollieren, um auf dieser Grundlage darüber zu berichten.<sup>41</sup> Die Möglichkeit eines Rechtsstreits über den tatsächlichen Inhalt des Beratungsgesprächs rechtfertige das inkriminierte Verhalten ebenfalls nicht. Das Risiko, dass Aussage gegen Aussage steht, erschwere die kritische Berichterstattung jedenfalls nicht in unzulässiger Weise. Denn das Publikum bringe den journalistischen Beiträgen im Bereich des Konsumentenschutzes ein vergleichsweise hohes Vertrauen entgegen und traue in Anbetracht der Interessenlage eher den Aussagen des recherchierenden Journalisten als denjenigen des belasteten Versicherungsvertreters<sup>42</sup>.

### III. Die versteckte Kamera im Journalistenkodex des Schweizer Presserates

Der Journalistenkodex des Schweizer Presserates verpflichtet Medienschaffende in seiner Ziffer 4, sich bei der Beschaffung von Informationen, Tönen, Bildern und Dokumenten keiner *unlauteren Methoden* zu bedienen. Richtlinie 4.2 zum Journalistenkodex befasst sich explizit mit dem Thema der ver-

31 Vgl. etwa BGE 129 IV 6, E. 3.3, 14 f.; BGE 127 IV 122, E. 5.c, 135; BGE 94 IV 68, E. 2, 70 f.

32 Vgl. Stratenwerth (Fn. 30), § 10 N 59; Seelmann (Fn. 28), 64.

33 Vgl. BSK-Seelmann (Fn. 11), Art. 14 N 25; Trechsel et al. (Fn. 11), Art. 14 N 13.

34 Vgl. BGE 120 IV 208, E. 3.a, 213 f.; BGE 94 IV 68, E. 2, 71; BSK-Seelmann (Fn. 11), Art. 14 N 25; Stratenwerth (Fn. 30), § 10 N 60; Donatsch/Tag (Fn. 30), 254; Riklin (Fn. 30), § 14 N 70.

35 Vgl. BGE 129 IV 6, E. 3.3, 15; BGE 127 IV 166, E. 2.b, 168 f.; BGE 126 IV 236, E. 4.d, 250; BSK-Seelmann (Fn. 11), Art. 14 N 25; Stratenwerth (Fn. 30), § 10 N 60; Donatsch/Tag (Fn. 30), 254; Trechsel et al. (Fn. 11), Art. 14 N 13; Riklin (Fn. 30), § 14 N 70.

36 Vgl. BGE 134 IV 216, E. 6.1, 226; BGE 120 IV 208, E. 3.a, 213; Riklin (Fn. 30), § 14 N 70.

37 Vgl. BGer vom 7. Oktober 2008, 6B.225/2008. Vgl. dazu auch Studer, «Formalistisch und realitätsfremd», NZZ vom 24. Oktober 2008; Filli, «Keine Legitimation für versteckte Kamera», NZZ vom 14. November 2008; Vgl. ferner Studer (Fn. 1), Rz. 1 ff.; Riklin (Fn. 27), 55 ff.

38 Vgl. BGer vom 7. Oktober 2008, 6B.225/2008, E. 3.4.

39 Vgl. BGer vom 7. Oktober 2008, 6B.225/2008, E. 3.7.1.

40 Vgl. BGer vom 7. Oktober 2008, 6B.225/2008, E. 3.7.3.

41 Vgl. BGer vom 7. Oktober 2008, 6B.225/2008, E. 3.7.4.

42 Vgl. BGer vom 7. Oktober 2008, 6B.225/2008, E. 3.7.5.

deckten Recherchen und konkretisiert das allgemeine Lauterkeitsgebot dahin gehend, dass verdeckte Recherchen dann ausnahmsweise zulässig sind, wenn ein *überwiegendes öffentliches Interesse* an den betreffenden Informationen besteht und wenn diese Informationen *nicht auf andere Weise beschafft* werden können. Verdeckte Recherchen sind zudem zulässig, wenn Ton- oder Bildaufnahmen Journalistinnen und Journalisten ansonsten gefährden würden, wobei auch bei diesen Aufnahmen ein *überwiegendes öffentliches Interesse* vorausgesetzt wird. Besondere Beachtung ist gemäss der genannten Richtlinie der Wahrung des Persönlichkeitsschutzes von zufällig anwesenden Personen zu schenken.

Zu beachten ist, dass der Journalistenkodex bzw. die dazugehörigen Richtlinien keine besonderen Regeln betreffend den Einsatz der versteckten Kamera enthalten und keine Unterscheidung zwischen diesem Instrument und anderen Methoden der versteckten Recherche, wie z.B. Verschweigen der Tätigkeit als Journalist, Vorspiegelung einer anderen Funktion usw., treffen. Demgegenüber erfassen die Art. 179<sup>bis</sup>, Art. 179<sup>ter</sup> und 179<sup>quater</sup> StGB ausschliesslich die Bespitzelung mittels technischer Abhör-, Beobachtungs- oder Aufnahmegeräten.

Im eingangs dargestellten Fall zur *Schönheitschirurgie*<sup>43</sup> hat der Presserat den beanstandeten Kameraeinsatz nach Massgabe der *Pflicht zur lauterer Recherche* (Ziffer 4 des Journalistenkodex und Richtlinie 4.2 dazu) und insbesondere mit Blick auf die Erfordernisse des *überwiegenden öffentlichen Interesses* und der Notwendigkeit zur Beschaffung der Information geprüft. Ein *öffentliches Interesse* an der Berichterstattung zur Schönheitschirurgie sei, so der Presserat, in dreierlei Hinsicht gegeben. Erstens weil in der Schweiz jährlich rund 35 000 ästhetisch-chirurgische Eingriffe durchgeführt würden (welche Kosten von gegen CHF 700 Mio. generierten), zweitens weil es ein gesundheitspolitisches Interesse an einer kritischen Berichterstattung über das Schönheitsideal untergewichtiger Models gebe und drittens weil es von öffentlichem Interesse sei, wie Ärztinnen und Ärzte ihre Aufklärungspflichten betreffend Risiken und Nebenwirkungen einer Behandlung wahrnehmen. Der «Kassensturz» habe diese drei nicht deckungsgleichen Themenfelder zusammengefasst, indem er eine sehr schlanke junge Frau bei Schönheitschirurgen unter anderem den Wunsch äussern liess, man möge ihr an den Oberschenkeln Fett absaugen. Ein *überwiegendes öffentliches Interesse* an der vom «Kassensturz» dargestellten Problematik könne daher bejaht werden.

Zur *Notwendigkeit* des Einsatzes einer versteckten Kamera führte der Presserat aus, es gebe kaum einen anderen Weg als die verdeckte Recherche, um die Qualität ärztlicher Beratungsgespräche zu untersuchen. Wenn ein öffentliches Interesse an bestimmten Aspekten der medizinischen Beratung und Behandlung bestehe, dann sei die verdeckte Recherche ein zulässiges Mittel der Informationsbeschaffung. Letztlich rechtfertigten die Erkenntnisse der «Kassensturz»-Untersuchung eine verdeckte Recherche. Denn der Fernsehbericht belege eine bedenkliche Neigung von Schönheitschirurgen, den Wunsch einer Patientin bzw. eines Patienten nach einer Operation auch dann zu erfüllen, wenn er ihnen als offenkundig unvernünftig erscheinen müsste. Die blossе Schilderung des Erlebten durch die fiktive Patientin ohne heimliche Aufnahme könnte nach Meinung des Presserates erstens zu Beweisproblemen führen, wenn der betreffende Arzt die Darstellung bestreite. Zwei-

tens schliesse Richtlinie 4.2 Ton- und Bildaufnahmen nicht kategorisch aus, sofern ein *überwiegendes öffentliches Interesse* daran bestehe. Solche Aufnahmen dokumentierten die Qualität eines ärztlichen Gesprächs aufgrund ihrer höheren Glaubwürdigkeit und die Wirkung zweifellos besser als jede spätere Zusammenfassung. Da die vom «Kassensturz» anvisierte Problematik einem legitimen öffentlichen Interesse entsprochen habe, seien auch die ausgestrahlten Aufnahmen und ihre redaktionelle Einbettung dem Thema angemessen gewesen.

#### IV. Die mediale Wächterfunktion und ihre Grenzen

Bundesgericht und Presserat haben in den ihnen zur Beurteilung unterbreiteten Fällen – Versicherungsberater einerseits und Schönheitschirurgen andererseits – auf unterschiedlicher normativer Basis sehr ähnliche Prüfungen vorgenommen. Sowohl der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen als auch die Richtlinie 4.2 zur journalistischen Berufspflicht der lauterer Recherche verlangen für verdeckte Ton- und Bildaufnahmen, dass damit ein *überwiegendes öffentliches Interesse* verfolgt wird und dass der Einsatz dieser Recherchemethode für die Zielerreichung *notwendig* ist. Dass Bundesgericht und Presserat in ihren Beurteilungen zu diametral entgegengesetzten Resultaten gelangt sind, liegt wohl nicht so sehr an den unterschiedlichen Sachverhalten oder den unterschiedlichen Verbotsnormen, welche den Beurteilungen zugrunde lagen, sondern an der abweichenden Handhabung der genannten Zulässigkeitsvoraussetzungen für den verdeckten Kameraeinsatz. Beide Entscheidungsbegründungen sprechen wesentliche Gesichtspunkte an, vermögen aber letztlich nicht restlos zu überzeugen.

##### 1. Überwiegendes öffentliches Interesse

Ausgesprochen oberflächlich ist in beiden Fällen die Auseinandersetzung mit dem Erfordernis eines *überwiegenden öffentlichen Interesses* ausgefallen. Das Bundesgericht stellt dazu lapidar fest, dass ein erhebliches Interesse einer breiteren Öffentlichkeit an der Information über allfällige Missstände in der Kundenberatung im Versicherungsgeschäft bestehe und dass dieses Interesse schwerer wiegen könne als die Verletzung der Rechtsgüter des betroffenen Versicherungsberaters. Der Presserat nennt immerhin drei spezifische Gesichtspunkte, die ein öffentliches Interesse an Informationen über fehlbare Schönheitschirurgen begründen sollen: die hohen Zahlen und Kosten aller ästhetisch-medizinischen Behandlungen in der Schweiz, die gefährliche Vorbildfunktion untergewichtiger Models und die Wichtigkeit der ärztlichen Aufklärung über Risiken und Nachwirkungen von Behandlungen. Weil der Kassensturz diese drei Themenfelder zusammengefasst habe, könne ein *überwiegendes öffentliches Interesse* bejaht werden.

Einen Bezug zum *faktischen Einsatz* der versteckten Kamera im *konkreten Fall* stellen beide Instanzen bemerkenswer-

43 Stellungnahme des Presserates Nr. 51/2007: Verdeckte Recherche mit TV-Kamera.

terweise nicht her. Die zentrale Frage, inwiefern die heimlichen Aufnahmen mit Bezug auf die Auswahl und Anzahl der gefilmten Personen, die gestellten Fragen, die gefilmten Handlungen und die Schwere der aufgezeigten (Fehl-)Verhaltensweisen dem jeweiligen öffentlichen Interesse tatsächlich zu dienen vermögen, wird also überhaupt nicht angeschnitten. Darum bleibt auch die weitere Frage, ob die Förderung des öffentlichen Interesses durch die konkrete Tat gegenüber der Rechtsgutsverletzung für den Betroffenen überwiegt, unbeantwortet. Auf solch dünner argumentativer Grundlage kann sie gar nicht beantwortet werden. Wird das Erfordernis des überwiegenden öffentlichen Interesses in derart allgemeiner Weise abgehandelt, wie dies Bundesgericht und Presserat in ihren Entscheidungsbegründungen getan haben, bleibt davon nicht mehr viel Greifbares übrig, und die ganze Argumentationslast liegt auf dem weiteren Erfordernis der Notwendigkeit.

Auszugehen wäre mit Bezug auf das Erfordernis eines überwiegenden öffentlichen Interesses u.E. von der Feststellung, dass die Ausübung der gemäss Art. 17 BV und Art. 10 EMRK grundrechtlich geschützten *Medienfreiheit* durch journalistische Recherchearbeit für sich allein kein relevantes Interesse für die Rechtfertigung eines Verstosses gegen die Art. 179<sup>bis</sup> ff. StGB bzw. Ziffer 4 des Journalistenkodex begründet. Würde man die Ausübung der Medienfreiheit per se als Rechtfertigungsgrund zulassen, würde der Ausnahmecharakter der Rechtfertigung wegen Wahrung berechtigter Interessen aufgehoben und der grundsätzliche Entscheid des Gesetzgebers für die Strafbarkeit heimlicher Aufnahmen im Privatbereich gemäss den Art. 179<sup>bis</sup> ff. StGB (zumindest für Medienschaffende) in sein Gegenteil verkehrt.

Die journalistische Recherche mittels versteckter Kamera muss somit zwingend einem über die Ausübung der Medienfreiheit hinausgehenden öffentlichen Interesse dienen, um gerechtfertigt zu sein. Die Aufdeckung von *Rechtsverstössen*, begangen durch staatliche Organe, aber auch durch Private, gehört zu den Kernaufgaben der Medien und stellt zweifelsfrei ein gewichtiges öffentliches Interesse dar. Dasselbe gilt für Informationen des *Konsumenten- und Gesundheitsschutzes*<sup>44</sup>. Zu fragen ist nun aber, inwiefern Aufnahmen mit der versteckten Kamera aufgrund der gesamten Ausgestaltung der Recherche und der Art und Weise ihrer Verwertung der Wahrung dieser Interessen wirklich dienen. Eine solche Wirkung kann zunächst deswegen verneint werden, weil eine Recherche lediglich *längst bekannte Probleme* in neuer Aufmachung präsentiert und insofern keinen wirklichen Erkenntnisgewinn bietet. Ein zweiter Einwand geht dahin, dass die Aufbereitung einer *nicht repräsentativen Zahl* von Fällen keinen über die Beurteilung der konkreten Fälle hinausgehenden Erkenntnisgewinn bietet. Wird die Identität der aufgenommenen fehlbaren Personen am Ende gar nicht preisgegeben, so illustrieren die Aufnahmen lediglich ein mögliches Fehlverhalten, ohne dass die Zuschauerinnen und Zuschauer daraus etwas Weitergehendes für sich ableiten könnten. Weder wissen sie nun, wie verbreitet solches Fehlverhalten wirklich ist, noch wissen sie, welcher Anbieter sich unkorrekt verhält und deshalb zu meiden ist. Die Zuschauer kennen lediglich ein mögliches Fehlverhalten der Marktgegenseite und wissen nun, worauf sie gegebenenfalls zu achten haben, wenn sie eine vergleichbare Leistung in Anspruch nehmen möchten. Diese Information wäre aber auch

ohne Einsatz der versteckten Kamera gleichermassen zu vermitteln gewesen. Ein dritter Einwand dagegen, dass der Einsatz der versteckten Kamera dem öffentlichen Interesse an der Aufdeckung von Missständen dient, betrifft die Aufnahme von Personen, die sich *korrekt* verhalten. Das an ihnen begangene Delikt liefert lediglich Informationen über einen Sachverhalt, den das Publikum prinzipiell voraussetzen darf. Sofern also ohne konkreten Verdacht auf wiederkehrendes Fehlverhalten eines Anbieters mit der versteckten Kamera sozusagen nach dem Zufallsprinzip ermittelt wird, besteht bezüglich aller korrekt agierenden Anbieter von vornherein keine Rechtfertigung<sup>45</sup>.

Verdeckte Aufnahmen dienen demnach einem öffentlichen Interesse im Bereich des Konsumentenschutzes, wenn sie klar darzulegen vermögen, welche Anbieter wider Erwarten gegen elementare Sorgfaltspflichten verstossen, oder wenn sie aufgrund einer repräsentativen Erhebung ein bisher unbekanntes Ausmass an Sorgfaltspflichtverletzungen im Markt aufzeigen. Steht fest, dass ein solches öffentliches Interesse vorliegt, ist als Nächstes zu beurteilen, ob dieses gegenüber der Rechtsgutsverletzung, welche die Betroffenen erleiden, *überwiegt*. Hierbei kommt es vor allem auf die *Schwere* der untersuchten und nachgewiesenen Sorgfaltspflichtverletzungen an. Gravierende Gefährdungen der Konsumentengesundheit oder betrügerische Machenschaften sind selbstverständlich anders einzustufen als blosser Unhöflichkeit im Kontakt mit potenziellen Kunden oder fehlende Kulanz. Keine Rolle spielt auf der Ebene des öffentlichen Interesses hingegen die besonders packende und allenfalls unterhaltende *Wirkung* verdeckter Aufnahmen auf den Zuschauer. Die Befriedigung von öffentlicher Neugierde und Voyeurismus entspricht keinem öffentlichen Interesse. Gegen das öffentliche Interesse an der Information der Konsumenten über Sorgfaltspflichtverletzungen bestimmter Anbieter im Speziellen bzw. der Anbieterseite im Allgemeinen ist die Schwere der durch versteckten Kameraeinsatz begangenen Rechtsgutsverletzungen abzuwiegen. Dabei geht es primär um die Beeinträchtigung der geschützten *Geheim- und Privatsphäre* der Betroffenen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass verdeckt aufgenommene Kundengespräche auch gegen das Gebot von *Treu und Glauben im Geschäftsverkehr* verstossen. Wer in guten Treuen eine Dienstleistung anbietet, soll nicht damit rechnen müssen, dass er dabei ohne vorgängige Zustimmung aufgenommen wird.

Die verdeckten Aufnahmen der Versicherungsberater und der Schönheitschirurgen erscheinen unter dem Aspekt der Ver-

44 Für diese Bereiche trägt der Bund gemäss Art. 97 BV bzw. Art. 118 BV staatliche Mitverantwortung.

45 Für staatliche Überwachungsmaßnahmen nach dem Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 6. Oktober 2000 (BÜPF, SR 780.1) bzw. das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung vom 20. Juni 2003 (BVE, SR 312.8) wird stets ein begründeter Verdacht auf vergangene oder zukünftige Begehung einer schweren Straftat verlangt. Das genannte Problem können Medienschaffende etwa dadurch umgehen, dass sie zuerst ohne Kameraeinsatz das Verhalten einer Zielperson auskundschaften und nur bei tatsächlichem Fehlverhalten eine zweite Konsultation mit Kameraeinsatz unternehmen. Auch dann bleiben allerdings weitere rechtliche Probleme bestehen.

folgung überwiegender öffentlicher Interessen als problematisch. Soweit ersichtlich wurde jeweils ohne konkreten Anfangsverdacht eine sehr kleine Gruppe von mehr oder weniger zufällig ausgewählten Anbietern aufgenommen. In beiden Fällen wurden denn auch vollkommen korrekt handelnde Dienstleistungserbringer gefilmt. Darüber hinaus haben die aufgezeigten Fehlverhaltensweisen – zumindest teilweise – einen relativ geringen Schweregrad aufgewiesen. Die blossere Bereitschaft zur Durchführung eines ästhetisch-chirurgischen Eingriffs bei einer vollständig aufgeklärten und frei zustimmenden erwachsenen Frau kann wohl nicht als grobe Sorgfaltspflichtverletzung gewertet werden.

## 2. Notwendigkeit

Nicht viel besser schneiden Bundesgericht und Presserat bei der Behandlung des zweiten Kriteriums, dem der *Notwendigkeit*, ab. Anders als bezüglich des überwiegenden öffentlichen Interesses geben die beiden Entscheidungsbegründungen auf die Frage nach der Notwendigkeit vollkommen entgegengesetzte Antworten. Der *Presserat* ist der apodiktischen Auffassung, es gebe keinen anderen Weg als die versteckte Recherche, wenn es darum gehe, die Qualität ärztlicher Beratungsgespräche zu untersuchen. Die heimliche Aufnahme dokumentiere diese besser als jede spätere Zusammenfassung und beseitige zudem Beweisschwierigkeiten. Da die anvisierte Problematik einem legitimen öffentlichen Interesse entspreche, seien die Aufnahmen dem Thema angemessen gewesen. Der *Presserat* leitet also letztlich aus dem Vorliegen eines öffentlichen Interesses (dessen Relevanz im konkreten Fall und dessen Überwiegen er, wie oben dargestellt, gar nicht geprüft hat) ohne Weiteres bereits die Notwendigkeit eines verdeckten Kameraeinsatzes für die journalistische Recherche ab. Damit wird die Ausnahmeregelung der Richtlinie 4.2 praktisch aus den Angeln gehoben und in ihr Gegenteil verkehrt. Aufnahmen mit versteckter Kamera wären unter diesem Gesichtspunkt, sofern dafür ein öffentliches Interesse geltend gemacht werden kann, stets zulässig.

Das *Bundesgericht* argumentiert gerade umgekehrt, nämlich dass anstelle der inkriminierten Aufnahmen vielfältige andere Möglichkeiten für eine kritische Berichterstattung bestanden hätten: Darstellung und Kommentierung von Jahresberichten der Ombudsstelle und Befragung von deren Mitarbeitern, Kundeninterviews sowie Kommentierung von tatsächlich abgeschlossenen Verträgen. Die Resultate eines fingierten Beratungsgesprächs hätten zudem aufgrund von Notizen der Medienschaffenden im Nachhinein protokolliert und in der Sendung wiedergegeben werden können. Das Risiko, dass aufgrund der fehlenden Aufzeichnung im Streitfall regelmässig Aussage gegen Aussage stehe, sei von Fernsehjournalistinnen und -journalisten hinzunehmen. Das Publikum schenke aufgrund der Interessenlage nämlich eher den Medienschaffenden Glauben. Allfällige Beweisprobleme im Falle eines Prozesses rechtfertigen nicht die tatbestandsmässige Aufnahme. Folgt man dieser Argumentation, so sind kaum mehr Fälle denkbar, in denen die verdeckte Aufzeichnung von Kundengesprächen zwecks Wahrung berechtigter Interessen zulässig sein könnte.

Beide Argumentationen sind u.E. zu absolut und führen in verallgemeinerter Form zu unhaltbaren Resultaten. Sowohl die generelle Bejahung der Notwendigkeit verdeckter Aufnahmen aufgrund ihrer stärkeren Wirkung und ihrer Qualität als Beweismittel (*Presserat*) als auch die kategorische Verneinung ihrer Notwendigkeit, weil andere Möglichkeiten der Recherche und Vermittlung bestanden hätten (*Bundesgericht*), sind abzulehnen. Richtigerweise ist die Notwendigkeit im Einzelfall genauer zu prüfen, wobei letztlich kein Weg an einem *Werturteil* vorbeiführt. Der formalistische Verweis des *Bundesgerichts* auf alternative Recherchemethoden und die Berufung auf das angeblich grössere Vertrauen in die journalistische Wahrhaftigkeit gehen an der Wirklichkeit vorbei. Auch das Argument, Fernsehschaffende seien hinsichtlich Beweisschwierigkeiten nicht besserzustellen als Zeitungsjournalisten, verfährt nicht. Erstens ist nicht einsehbar, weshalb es dem Fernsehen nicht erlaubt sein soll, seine zusätzlichen Möglichkeiten der Informationsvermittlung im Rahmen des gesetzlich Erlaubten auszuschöpfen. Zweitens können auch Zeitungsjournalisten im Rahmen des Gesetzes verdeckte Aufnahmen anfertigen und diese publizistisch, etwa mit Bildern und Gesprächsabschriften, auswerten.

Selbst wenn aufgedeckte Missstände auch in anderer Weise bei den dafür Verantwortlichen ermittelt und dem Publikum vermittelt werden können, liegt auf der Hand, dass Filmaufnahmen gegenüber alternativen Methoden der Informationsgewinnung und -verbreitung klare Vorteile aufweisen. Sie zeigen dem Zuschauer (Manipulationen ausgenommen) das Geschehen ohne Verfälschungen (also z.B. auch ohne Übertreibungen), und sie bieten erhöhte Gewähr für die Richtigkeit der Darstellung. Gerade wenn es darum geht, «*unglaubliches*» Fehlverhalten zu demonstrieren, kann deshalb der Einsatz der versteckten Kamera notwendig sein, weil die Zuschauerinnen und Zuschauer sich sonst dieses nicht vorstellen können bzw. einer blossen Schilderung keinen Glauben schenken würden. Damit ist zugleich gesagt, dass nur *sehr schwerwiegende*, bisher *nicht bekannte* oder *nicht nachgewiesene* Verfehlungen den Einsatz der versteckten Kamera zu journalistischen Recherchezwecken rechtfertigen. Kann solches Fehlverhalten mit anderen Methoden in gleichermaßen unzweifelhafter und eindeutiger Weise dargetan werden, scheiden verdeckte Aufnahmen aus.

Die verdeckten Aufnahmen der Versicherungsberater und der Schönheitschirurgen erscheinen aufgrund des Gesagten auch unter dem Aspekt der Notwendigkeit als problematisch. Schwere Verfehlungen, die den Rahmen des allgemein Bekannten sprengen, sind allenfalls in zwei Fällen auszumachen. Dabei handelt es sich einerseits um den Fall des Versicherungsberaters, der über diverse Beratungsfehler hinaus die Kundin auch noch als Kollegin anheuern wollte, andererseits um den Chirurgen, der gegenüber der Interessentin nicht nur alle Risiken einer Brustvergrösserung bestritt, sondern auch noch nicht-anonymisierte Patientinnenfotos zeigte, die Interessentin mit Namensschild fotografierte und sie ungebührlich oft betastete. Wären nur diese beiden Anbieter gezielt mit der versteckten Kamera aufgenommen worden, wären solche Aufnahmen u.E. durch den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen abgedeckt gewesen. Für alle übrigen Aufnahmen trifft dies u.E. nicht zu.



---

**Zusammenfassung** Das Schweizer Fernsehen hat kürzlich in mehreren Sendungen des «Kassensturz» die versteckte Kamera als journalistische Recherchemethode eingesetzt. Das Bundesgericht hat daraufhin in einem Urteil betreffend Versicherungsagenten entschieden, dass die Verwendung der versteckten Kamera gegen die Art. 179<sup>bis</sup> und 179<sup>ter</sup> StGB versties und nicht durch die Wahrung berechtigter Interessen gedeckt war. Dieser ungeschriebene Rechtfertigungsgrund wird von Lehre und Rechtsprechung nur sehr zurückhaltend anerkannt. Demnach muss eine Straftat ein notwendiges und angemessenes Mittel zur Erreichung eines berechtigten Interesses darstellen, es muss sich dabei um den einzigen möglichen Weg handeln, und der Angriff auf das Rechtsgut muss weniger schwer wiegen als das berechnete Interesse. Versteckte Aufnahmen dürfen folglich von vornherein nur von Dienstleistungserbringern angefertigt werden, die gegen elementare Sorgfaltspflichten verstossen. Darüber hinaus erscheinen versteckte Aufnahmen nur notwendig, um vollkommen unbekannte, noch unbewiesene oder schlicht ungläubliche Verfehlungen aufzuzeigen.

---

**Summary** In broadcasts of the consumer program «Kassensturz», the Swiss German television recently used hidden cameras several times as means of investigation. The Federal Court then considered, in a case involving insurance agents, that the use of hidden cameras violated sections 179<sup>bis</sup> and 179<sup>ter</sup> of the Swiss Criminal Code and that such infringement was not justified by the protection of legitimate interests. This unwritten defence is very narrowly accepted by doctrine and jurisprudence. To justify an offense, it must be a necessary and adequate means for the safeguarding of a legitimate interest, there must not be any other alternative and the violation of law and order must weigh less than the interest at hand. Therefore, the recordings must strictly be limited to suppliers who seriously violate fundamental obligations. Moreover, secret recordings only seem essential to demonstrate completely unknown, yet unproven or simply incredible behaviours.

---