

# Der Geheimnisschutzartikel Art. 293 StGB im Lichte der neueren Gerichtspraxis<sup>1</sup>

Andreas Meili

Dr. iur., Rechtsanwalt, Leiter Rechtsdienst der TA-Media AG, Zürich

## I. Die Behandlung von Art. 293 StGB im Rahmen der Revision des Medienstrafrechts

Die Kontroverse um die Strafbestimmung von Art. 293 StGB mit dem Titel «Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen» dauert schon sehr lange an. Bereits die Ende der 70er-Jahre eingesetzte Kommission für eine Medien-Gesamtkonzeption bezeichnete Art. 293 StGB als «fragwürdig»<sup>2</sup>. 1983 trat sodann Prof. Denis Barrelet in seinem viel beachteten Aufsatz «Les indiscrétions commises par la voie de la presse» für die ersatzlose Streichung dieses Artikels ein<sup>3</sup>. Dieser Forderung hat sich im Jahre 1986 das EJPD angeschlossen<sup>4</sup> und später auch die Studienkommission, die unter der Leitung von Prof. Franz Riklin im Jahre 1989 mit der Überprüfung der medienrechtlichen Vorschriften des StGB und des MStG beauftragt worden war und den Vorentwurf für die spätere Revision des Medienstrafrechts verfasste. Nachdem der in die Vernehmlassung geschickte Vorentwurf der Studienkommission in bezug auf die Streichung von Art. 293 StGB trotz relativ vielen Fragezeichen doch mehrheitlich befürwortet worden war, nahm der Bundesrat den besagten Streichungsantrag in seine Botschaft an das Parlament auf<sup>5</sup>. Nach dieser Vorgeschichte durfte man annehmen, dass die

Räte Art. 293 StGB ohne grössere Opposition aufheben würden. Dies umso mehr, als diese Bestimmung in der Praxis lange Zeit nach 1942 überhaupt nicht oder dann nur sehr selektiv angewendet wurde<sup>6</sup> und auch nie etwas zur Aufklärung von Amtsgeheimnisverletzungen beigetragen hat, da die bestraften Journalisten die Quellen ihrer Informationen schon aus standesrechtlichen Gründen nicht preisgeben pflegten<sup>7</sup>. Wer aber so gedacht hat, hatte sich getäuscht: Als im Frühling und Frühsommer 1997 im National- und Ständerat die Debatte über das neue Medienstrafrecht und die Einführung eines Zeugnisverweigerungsrechts und eines Quellenschutzes für Medienschaffende geführt und in diesem Zusammenhang auch über die Aufhebung von Art. 293 StGB diskutiert wurde, wurde von einzelnen Volksvertretern mit recht pauschalen, von einer regelrechten Abneigung gegen die Medien getragenen Behauptungen gegen die vom Bundesrat verlangte ersatzlose Streichung dieses Artikels argumentiert<sup>8</sup>.

6 Vgl. RIKLIN, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, 135 f. Die Bundesanwaltschaft als Beispiel leitet ein Verfahren wegen Art. 293 StGB (ein Officialdelikt) nur ein, wenn eine schriftliche Strafanzeige der betroffenen Bundesstelle vorliegt (vgl. STADLER, Indiskretionen im Bund, ZBJV 136 (2000), 124, der immerhin einräumt, dass dies unter dem Gesichtspunkt des strafrechtlichen Legalitätsprinzips «nicht unbedenklich» ist).

7 Vgl. hierzu Ziff. 6 der «Erklärung der Pflichten der Journalistinnen und Journalisten» (sog. Pressekodex): «Sie [Die Journalisten] wahren das Berufsgeheimnis und geben die Quellen vertraulicher Informationen nicht preis». Sind sie selber Angeschuldigte, sind sie sowieso nicht zu einer (wahrheitsgemässen) Aussage verpflichtet. Ferner sind sie nach dem neuen Art. 27<sup>bis</sup> StGB auch als Zeugen in einem Verfahren wegen Art. 320 StGB nicht zur Preisgabe des Inhaltes und der Quelle der Informationen verpflichtet. In der Praxis scheitern auch viele Untersuchungen an den kurzen Verjährungsfristen des Übertretungstatbestandes von Art. 293 StGB (vgl. Art. 109 StGB).

**Résumé:** La protection du secret de l'art. 293 CP ainsi que la nature purement formelle du secret sont depuis longtemps controversées. Cette disposition est non seulement en contradiction avec les règles professionnelles des journalistes, qui interdisent de donner des informations secrètes. Elle a aussi démontré son inefficacité dans la pratique. Malgré cela, elle n'a pas été abrogée lors de la révision du droit pénal des médias de 1996, contrairement à la proposition du Conseil fédéral. Elle a seulement été complétée d'un troisième alinéa qui permet au juge de renoncer à toute peine lors de publication de secrets de peu d'importance. Par cette adjonction, l'art. 293 CP a déjà beaucoup perdu de sa signification originale. La jurisprudence la plus récente de quelques tribunaux cantonaux - influencée par deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme - montre cependant qu'il reste peu de place pour l'application du nouvel alinéa 3.

1 Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Autor am Medienrechts-Seminar des Verbandes Schweizer Presse am 2. März 2000 gehalten hat.

2 Bericht MGK, Bern 1982, XXXVI.

3 Vgl. SJZ 79 (1983) 17 ff., 20 f.

4 Vgl. Bericht zu den Informations- und medienrechtlichen Bestimmungen des Straf- und Verfahrensrechts, EJPD, Bern 1986.

5 Vgl. zum ganzen die Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht), in BBl 1996 IV 525 ff., 531, 564.

**Zusammenfassung:**  
*Der Geheimnisschutzartikel von Art. 293 StGB und der ihm innewohnende «formelle Geheimnisbegriff» ist seit langem umstritten. Die Bestimmung steht nicht nur im Widerspruch zum journalistischen Ständesrecht, das die Bekanntgabe von vertraulichen Informationen verbietet, sondern hat sich in der Praxis auch als weitgehend wirkungslos erwiesen. Trotzdem wurde sie im Zuge der Medi-  
 enstrafrechtsrevision von 1996 entgegen dem bundesrätlichen Vorschlag nicht aufgehoben. Immerhin wurde diese Strafbestimmung im Sinne eines Kompromisses um einen neuen Absatz 3 ergänzt, der es dem Richter erlaubt, bei veröffentlichten Geheimnissen von geringer Bedeutung von Strafe abzusehen. Damit hat Art. 293 StGB bereits viel von seiner ursprünglichen Bedeutung eingebüsst. Die neuste Rechtsprechung einiger kantonalen Gerichte - beeinflusst von zwei bedeutenden EMRG-Entscheidungen, zeigt jedoch, dass für die Praxis auch wenig Raum für die Anwendung des neuen Absatzes 3 bleibt. Ob sich damit der von vielen Autoren geforderte «materielle Geheimnisbegriff» endlich durchsetzen kann, wird sich aber erst noch weisen müssen.*

Im deutlichen Kontrast dazu - sowohl in der Sache als auch in der Tonalität - argumentierte der Bundesrat für seinen Streichungsantrag<sup>9</sup>. Bekanntlich sind die Räte dem bundesrätlichen Antrag jedoch nicht gefolgt. Die Abstimmungen verliefen indessen recht knapp (im Nationalrat 74 zu 64 und im Ständerat 16 zu 15 Stimmen gegen eine Aufhebung von Art. 293 StGB). Das Abstimmungsresultat war aber offensichtlich geprägt vom im Frühling 1997 gerade aktuellen «Fall Jagmetti». Hierbei ging es um einen Bericht der «SonntagsZeitung» zu einem vom ehemaligen Schweizer Botschafter in Washington, Carlo Jagmetti, zum Themenkomplex «Herrenlose Vermögen» verfassten, als vertraulich klassifizierten Strategiepapier. Dieses Papier wurde der «SonntagsZeitung» zugespielt und am 26. Januar 1997 unter den Titeln «Botschafter Jagmetti beleidigt die Juden» und «Mit Bademantel und Bergschuhen in den Fettnapf» veröffentlicht. Der für diesen Bericht zeichnende Redaktor der «SonntagsZeitung» war vom Statthalteramt des Bezirks Zürich aufgrund von Art. 293 StGB mit einer Busse von Fr. 4'000.- bestraft worden, die im anschliessenden gerichtlichen Verfahren vor dem Zürcher Bezirksgericht auf Fr. 800.- reduziert wurde<sup>10</sup>. Aufgrund des nämlichen Sachverhaltes hat sich auf Anzeige des schweizerischen Bundesrates auch der Presserat SVJ eingeschaltet; in seiner

Stellungnahme Nr. 1/97 vom 4. März 1997 hat er festgestellt, dass die Veröffentlichung von Jagmettis Strategiepapier im Lichte des Pressekodexes legitim gewesen war und dass die «SonntagsZeitung» lediglich in der Form zu rügen sei, weil das fragliche Papier verkürzt dargestellt und zeitlich ungenügend eingeordnet worden sei.

Nachdem rückblickend die damalige politische Situation der Schweiz aufgrund der hier wie in Amerika zum Teil sehr heftig und auch emotional geführten Auseinandersetzung um die Rolle der Schweiz im 2. Weltkrieg als sehr angespannt bezeichnet werden muss, stand die in den Räten geführte Debatte über die Aufhebung von Art. 293 StGB natürlich unter einem denkbar schlechten Stern. Auch mahnende Worte von Ratskollegen, sich aus aktuellem Anlass nicht zu Entscheiden hinreissen zu lassen, konnten deshalb die Ablehnung des bundesrätlichen Streichungsantrags nicht verhindern. Nachdem einzelne, für die Aufhebung von Art. 293 StGB eintretende Votanten die Beibehaltung dieser Bestimmung bildlich mit dem «Hauen des Sackes statt des Esels» oder mit dem in der Antike verbreiteten Motto verglichen, wonach man jeweils den Überbringer einer schlechten Nachricht bestrafte, den Urheber der Nachricht aber straffrei ausgehen liess<sup>11</sup>, konnte schliesslich als gutschweizerischer Kompromiss wenigstens die Aufnahme eines neuen Absatzes 3 ins StGB durchgesetzt werden, der vorsieht, dass von Strafe Umgang genommen werden kann, wenn das an die Öffentlichkeit gebrachte Geheimnis von geringer Bedeutung ist. Die Strafbestimmung von Art. 293 StGB<sup>12</sup> lautet somit neu in ihrem Gesamtwortlaut wie folgt:

«<sup>1</sup> 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 mit Haft oder Busse bestraft.

<sup>2</sup> Die Gehilfenschaft ist strafbar.

<sup>3</sup> Der Richter kann von jeglicher Strafe abse-

8 So z.B. vom Aargauer Nationalrat René Moser; vgl. dazu Amtl. Bulletin der Bundesversammlung 1997, Nationalrat, 388.

9 Vgl. zur bundesrätlichen Argumentation Amtl. Bulletin der Bundesversammlung 1997, Ständerat, 587: In der Praxis können meist nur die «Zweitverwerter» von Geheimnissen bestraft werden, nicht aber die primären Täter (meist Beamte oder Parlamentarier, die Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB) begehen und in der Regel nur schwer identifiziert werden können oder unter dem Schutz der Immunität stehen; siehe BBl 1996 IV 564). Ferner hat sich der Tatbestand praktisch als weitgehend wirkungslos erwiesen bzw. wurde nie als grosses Unrecht angesehen. Schliesslich bleiben die schwerwiegenderen Tatbestände des diplomatischen Landesverrats (Art. 267 StGB) sowie der Verletzung bzw. des Verrats militärischer Geheimnisse (Art. 329 StGB; Art. 86 und Art. 106 MStG) von der Streichung von Art. 293 StGB unberührt.

10 Unveröffentlichtes Urteil des BGZ vom 22. Januar 1999 i.S. St. (am 25. Mai 2000 bestätigt vom Obergericht des Kantons Zürich, derzeit pendent beim Bundesgericht).

11 So Ständerat Otto Schoch, in Amtl. Bulletin der Bundesversammlung 1997, Ständerat, 586.

12 Die Inkraftsetzung erfolgte auf den 1. April 1998.

hen, wenn das an die Öffentlichkeit gebrachte Geheimnis von geringer Bedeutung ist.»

## II. Schutzzweck und Schutzgegenstand von Art. 293 StGB in der bisherigen Praxis

Art. 293 StGB schützt nach seinem Wortlaut «amtliche geheime Verhandlungen». Nach einem bereits etwas in die Jahre gekommenen Entscheid des Zürcher Obergerichts besteht der Zweck dieser nicht ganz klaren Bestimmung «darin, dem Ausschluss der Öffentlichkeit Nachdruck zu verschaffen»<sup>13</sup>, während es nach den Worten des Bundesgerichts darum geht, das «Interesse einer möglichst freien, durch keinerlei unzeitige Beeinflussung von aussen behinderten Meinungsbildung» in der Kollegialbehörde zu schützen<sup>14</sup>. Ein solcher Schutzzweck, der Raum für eine ungestörte Meinungsbildung innerhalb eines staatlichen Kontrollorgans schaffen will, ist an sich plausibel<sup>15</sup>, bleibt aber auch etwas schwammig und mangelt an klaren Konturen. Nach dem genannten Zürcher Obergerichtsurteil ist aber immerhin «zu berücksichtigen, dass nicht schlechterdings jeder Verhandlungsgegenstand von einer Behörde als geheim erklärt werden» darf, «etwa bloss um ihn dauernd der Öffentlichkeit zu entziehen». Vielmehr sei gemeint, «dass jedenfalls objektiv eine begründete Veranlassung, ein legitimes Geheimhaltungsinteresse bestehen müsse, um die Öffentlichkeit von den Verhandlungen und der Information auszuschliessen (...)»<sup>16</sup>.

Ein kurzer Überblick über die wie bereits erwähnt nicht sehr reichhaltige Kasuistik des Bundesgerichts zu Art. 293 StGB erhellt, was mit «amtlichen geheimen Verhandlungen» gemeint ist<sup>17</sup>:

- BGE 77 IV 182 (Fall Greuter): Greuter publizierte im Wahlkampf Auszüge aus nichtöffentlichen Protokollen des Gemeinderates von Dübendorf;
- BGE 107 IV 186 (Fall K.): K. veröffentlichte in der «Weltwoche» Auszüge aus dem Berichtsentswurf einer Arbeitsgruppe der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK NR) betreffend die Bundesaufsicht über die SRG (Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft);
- BGE 108 IV 186 (Fall Zbinden): Jürg Zbinden veröffentlichte im «Blick» Auszüge aus einem als «vertraulich» gekennzeichneten Bericht der Sektion EMD (heute VBS) an die GPK NR über die Angelegenheit des ehemaligen Geheimdienstobersts Bachmann<sup>18</sup>;
- BGE 114 IV 34 (Fall M.): M. zitierte in der «Wochenzeitung» aus einem als «vertraulich» klassifizierten Referat, das der damalige Generalstabschef an die Teilnehmer eines «geheimen» Seminars abgegeben hatte;
- BGE 119 IV 250 (Fall Dr. H.): Dr. H. gab in der Sendung «Rundschau» des Schweizer Fernsehens DRS Abschnitte aus Gesprächsaufzeichnungen wieder, die in einem Strafuntersuchungsverfahren beschlagnahmt worden sind.

Wann solche «amtlichen Verhandlungen» geheim sind, ist damit noch nicht beantwortet und bildet Gegenstand einer seit längerem geführten Kontroverse: Während in einem Teil der Lehre vertreten wird, «geheim» im Sinne von Art. 293 StGB sollte nur sein, was auch materiell geheimniswürdig ist und durch klare Normen oder kompetenzgemässen Beschluss für geheim erklärt worden ist<sup>19</sup>, gehen das Bundesgericht und bislang auch die kantonalen Gerichte zusammen mit der herrschenden Lehre von einem «formellen Geheimnisbegriff» aus, wonach die durch Gesetz<sup>20</sup> oder einfachen

13 SJZ 77 (1981) 267.

14 BGE 107 IV 188.

15 Gl.M. RIKLIN, *medialex* 3/99, 179.

16 SJZ (FN 13), 269; zum ganzen auch MEILI, Die Akkreditierung von Journalisten im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone, Bern 1990, 140.

17 Siehe dazu TRECHSEL, Kurzkomentar zu Art. 293 StGB, 2. A., Zürich 1997, Rz 8; zu weiteren sog. Indiskretionsfällen, in welchen die Bundesanwaltschaft Ermittlungen geführt hat, siehe STADLER, (FN 6), 116 ff.

18 Sog. Affäre Bachmann/Schilling. Zur staatsrechtlichen Beschwerde siehe BGE 108 Ia 276; eine in dieser Sache erhobene Menschenrechtsbeschwerde (Nr. 10343/83) wurde nicht zugelassen.

19 Siehe schon WEBER, Der Journalist in der Verfassungsordnung, ZBl 89 (1988), 93 ff., 100; NOBEL, Leitfaden zum Presserecht, 2. A., Zofingen 1983, 93 f.; BARRELET, Droit de la communication, Berne 1998, 19; zum sog. «materiellen Geheimnisbegriff» auch MEILI, (FN 16), 140, m.w.H.

20 Nach herrschender Lehre und Praxis genügt ein Gesetz im materiellen Sinne, also auch eine Verordnung und sogar eine blosse Verwaltungsverordnung, die sich nur an die Mitglieder einer bestimmten Behörde, nicht aber an Aussenstehende richtet; vgl. BGE 107 IV 185 ff.; siehe auch REHBERG, Strafrecht IV, 2. A., Zürich 1996, 313 m.H., wonach das Geheimhaltungsgebot nicht ausdrücklich angeordnet werden muss, sondern es bereits genügt, wenn es sich «aus dem Sinn des Gesetzes» ergibt; a.M. NOBEL, (FN 19), 93 f.

Beschluss abgegebene Erklärung, dass Akten usw. geheim seien, genügen soll, um die Strafbarkeit gemäss Art. 293 StGB zu begründen<sup>21</sup>. Soweit man den formellen Geheimnisbegriff anwendet, kommt es deshalb auch auf den Grad der Klassifizierung nicht an, d.h. blosser Vertraulichkeit genügt bereits<sup>22</sup>. In einem Strafverfahren wegen Verstosses gegen Art. 293 StGB ist vom Richter nach dieser Auffassung folglich auch nicht zu prüfen, ob die im konkreten Fall bekanntgegebene Tatsache wirklich geheim gewesen ist oder nicht<sup>23</sup>, d.h. ob sie ausser dem Geheimnisherrn nur einem beschränkten Personenkreis bekannt war und ob der Wille des Geheimnisherrn einer weiteren Verbreitung wirklich entgegengestanden hat. Der so verstandene Geheimnisschutz soll ferner auch bestehen bleiben, wenn das Geheimnis einzelnen Dritten, die es zu wahren verpflichtet sind, eröffnet wird<sup>24</sup>. Eine Strafbarkeit entfällt danach nur, soweit das Material bereits öffentlich erörtert wurde<sup>25</sup>. Soweit das Material aber lediglich gleichzeitig an einem anderen Ort (z.B. gleichentags in einer anderen Zeitung) publiziert wird, soll die Strafbarkeit nach Art. 293 StGB nicht entfallen<sup>26</sup>.

Was die Täterhandlung angeht, so besteht diese im unbefugten Veröffentlichens von Geheimnissen, also z.B. durch die Publikation eines Artikels in der Zeitung oder

durch die Ausstrahlung eines Beitrags im Radio oder Fernsehen<sup>27</sup>. Nicht strafbar ist somit das blosser Ausplaudern im privaten Kreis, zumindest wenn nicht mit der Veröffentlichung durch einen Zuhörer zu rechnen ist<sup>28</sup>. Denkbar ist aber die (mündliche oder schriftliche) Enthüllung eines Geheimnisses in einem Vortrag anlässlich einer öffentlichen Veranstaltung. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Enthüllung durch einen Journalisten oder einen Nicht-Journalisten erfolgt, denn Art. 293 StGB bezieht sich wenigstens nach seinem Wortlaut nicht ausschliesslich auf Medienschaffende<sup>29</sup>.

Art. 293 StGB stellt ferner ein Vorsatzdelikt dar. Der Vorsatz muss sich auf den (formellen) Geheimnischarakter und die Täterhandlung richten. Wurde der geheime Entwurf eines Berichts einem Journalisten von einem Regierungsrat zur journalistischen Verwertung übergeben, kann sich dieser auf Verbotsirrtum berufen, zumindest dann, wenn das ihm übergebene Papier keinen ausdrücklichen Verweis auf den geheimen Charakter des Berichts aufweist<sup>30</sup>.

Möglich ist auch die Anrufung von Rechtfertigungsgründen, z.B. Berufspflicht (Art. 32 StGB) oder den übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen, etwa wenn es um die Aufdeckung eines ungehörigen Vertuschungsmanövers geht<sup>31</sup> oder auf eine ungerechtfertigte Geheimniskrämerie reagiert wird<sup>32</sup>. Die Gerichte waren bisher jedoch in der Regel sehr zurückhaltend, den Medienschaffenden solche Rechtfertigungsgründe zuzugestehen. So vermag die berufsmässige Aufgabe der Journalisten alleine oder das generelle Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit einen Verstoss gegen Art. 293 StGB nach der eher restriktiven Gerichtspraxis nicht zu rechtfertigen<sup>33</sup>.

Nur zur Vollständigkeit sei auch noch erwähnt, dass ein Journalist, der einen Beamten anstiftet, geheime Informationen preiszugeben, u.U. auch wegen Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung (Art. 24 i.V.m. Art. 320 StGB) bestraft werden kann. Ein solcher Fall ist zur Zeit beim Zürcher Kassationsgericht und beim Bundesgericht hängig<sup>34</sup>.

- 21 Siehe BGE 107 IV 190; 114 IV 36; SJZ 77 (1981) 267 ff.; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. A., Bern 1984, 298; REHBERG, (FN 20), 312 f.; TRECHSEL, (FN 17), Rz 2.
- 22 Vgl. BGE 108 IV 187 f. und 114 IV 36; siehe auch TRECHSEL, (FN 17), Rz 2, wonach dies aus der systematischen Stellung im Gesetz und der blossen Übertretungsstrafandrohung folgen soll.
- 23 BGE 107 IV 190.
- 24 TRECHSEL, (FN 17), Rz 2; BGE 108 IV 189.
- 25 So TRECHSEL, (FN 17), Rz 2, m.H. auf den Entscheid des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes (EGMR) Weber c. CH, Série A, Nr. 177, § 49 ff. bzw. JdT 1984 III 88, der darin eine Verletzung gegen Art. 10 EMRK (dazu später) erblickt.
- 26 So das (inzwischen aufgehobene) Strafurteil des Gerichtspräsidenten 16 des Gerichtskreises VIII von Bern-Laupen vom 24. März 1999 gegen Bruno Vanoni; dazu eingehender unten Ziff. 3 lit. c.
- 27 Siehe hierzu BGE 119 IV 252; TRECHSEL, (FN 17), Rz 4.
- 28 TRECHSEL, (FN 17), Rz 4.
- 29 Vgl. BBl 1996 IV 564 m.H.
- 30 Vgl. zu diesem unter der Bezeichnung «Affäre Schmassmann» bekannten Fall SJZ 87 (1991) 359, Nr. 56/8 sowie Meili, (FN 16), 140 FN 191 und Trechsel, (FN 17), Rz 5.
- 31 So in BGE 107 IV 192.
- 32 So in SJZ 77 (1981) 270.
- 33 Vgl. Entscheid des Zürcher Obergerichts in SJZ 77 (1981) 267 ff. sowie BGE 107 IV 185 ff.
- 34 «Blick»/Dammann; siehe zu diesem Fall RIKLIN, Darf man nicht einmal mehr fragen?, in Plädoyer 6/99, 25.

### III. Neuste Praxis zu Art. 293 StGB

Die neusten Entscheidungen zu Art. 293 StGB sind durch zwei Aspekte gekennzeichnet: Zum einen besteht, wie eingangs erwähnt, ein neuer Absatz 3, der es dem Strafrichter ermöglicht, von Strafe Umgang zu nehmen, wenn das an die Öffentlichkeit gebrachte Geheimnis von geringer Bedeutung ist. Zum anderen hat sich die bereits früher in Ansätzen vertretene Auffassung durchgesetzt, dass die Menschenrechtsgarantien der EMRK<sup>35</sup> bei der Anwendung von Strafbestimmungen mitberücksichtigt werden müssen, diese also auf ihre Konventions- und Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden müssen. Die Bedeutung dieser zwei Aspekte und ihre Auswirkungen auf die Gerichtspraxis bei der Beurteilung von Verstössen gegen Art. 293 StGB sollen im folgenden näher ausgeleuchtet werden.

1. Bereits in der Debatte um das neue Medienstrafrecht in der Frühjahrssession 1997 wurde im Nationalrat vom Berner Marc Suter auf den bedeutsamen Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) vom 27. März 1996 i.S. Goodwin hingewiesen und daraus abgeleitet, dass sich nach diesem Entscheid der Straftatbestand von Art. 293 StGB nicht mehr halten lasse<sup>36</sup>. Dieser auf eine grundrechtskonforme Auslegung und Anwendung von Gesetzesbestimmungen hinauslaufende Hinweis verhallte im Parlament jedoch ungehört mit dem Resultat, dass das auf dem bekannten formellen Geheimnisbegriff basierende Strafkonzep von Art. 293 StGB und die damit verbundenen Unbilligkeiten, insbesondere die Bestrafung des Zweitverwerters einer Geheimnisverletzung, beibehalten wurden.

2. Aufgenommen, wenn jedoch auch nur zögerlich, wurde die von NR Suter lancierte Diskussion um die Konventions- und Verfassungskonformität von Art. 293 StGB aber von den kantonalen Gerichten. Zunächst wurde aber noch konventionell argumentiert: In einem Fall, der eine Berichterstattung in der «Sonntagszeitung» über eine von der Bundesanwaltschaft gegen Agenten des israelischen Geheimdienstes Mossad geführte Strafuntersuchung betraf, wurde

die Erfüllung des objektiven Tatbestandes verneint und der betreffende Journalist vom Vorwurf der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen freigesprochen, u.a. weil nicht nachgewiesen werden konnte, dass die veröffentlichten Informationen von einer Behörde stammen, wie dies Art. 293 Abs. 1 StGB verlangt, sondern aus einer nichtamtlichen Quelle. Mangels Erfüllung des objektiven sowie des subjektiven Tatbestands musste die gegen den betreffenden Journalisten vom Zürcher Statthalteramt ausgefallte Busse von Fr. 2'000.- aufgehoben werden<sup>37</sup>.

Bevor sich die Gerichte zu einer eigentlichen verfassungs- und konventionskonformen Auslegung und Anwendung von Art. 293 StGB durchringen konnten, wurde im weiteren versucht, die mit der rigorosen Anwendung der fraglichen Strafbestimmung auf Medienschaffende verbundenen Unbilligkeiten zu überwinden, indem - grosszügiger als in der bisherigen Praxis - auf übergesetzliche Rechtfertigungsgründe (Wahrung berechtigter Interessen) zurückgegriffen wurde. Als Beispiel für diese liberalere Praxis kann der Entscheid des Gerichtskreises III Aarberg-Büren-Erlach i.S. Denis Barrelet vom 3. Februar 1999 genannt werden. Unter Berufung auf das grosse und berechtigte Informationsinteresse der Öffentlichkeit wurde Barrelet freigesprochen vom Vorwurf der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen im Zusammenhang mit einem in der «24heures» erschienenen Bericht über zwei ihm anonym zugespielte, vertrauliche Schreiben des jetzigen Schweizer Botschafters in den USA, Alfred Defago, an Botschafter Thomas Borer (damaliger Leiter der Task Force) zum Entwurf einer Erklärung des Bundesrates zum bekannten Eizenstat-Bericht. Die gegen Barrelet von der Berner Staatsanwaltschaft zuvor ausgefallte Busse von Fr. 1'300.- wurde damit ebenfalls aufgehoben. Der Freispruch Barrelets ist aber auch noch aus einem anderen Grund erfolgt: Der Bundesrat hat das Thema der beiden Schreiben von Botschafter

35 Europäische Menschenrechtskonvention; SR 0.101.

36 Vgl. Amtl. Bulletin der Bundesversammlung 1997, Nationalrat, 384; zum Fall Goodwin siehe unten Ziff. 3.

37 Vgl. unveröffentlichtes Urteil des Bezirksgerichts Zürich i.S. Statthalteramt des Bezirkes Zürich gegen St. vom 27. Oktober 1999.

Defago vor der Publikation des Berichts von Barrelet in der «24heures» bereits selber an einer Pressekonferenz publik gemacht. Er hat damit auf die Geheimhaltung verzichtet, womit der Geheimnischarakter definitiv weggefallen war.

3. In die entscheidende Phase gelangte dieser Fall aber erst, nachdem die Staatsanwaltschaft gegen den Entscheid des Gerichtskreises III Aarberg-Büren-Erlach Appellation an das Obergericht des Kantons Bern eingelegt hatte. Zuständig für die Beurteilung der Sache war die 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern, die in einem Parallelverfahren auch vom für den Zürcher «Tages-Anzeiger» tätigen Journalisten Bruno Vanoni angerufen wurde. Diesem Fall liegt im wesentlichen der gleiche Sachverhalt zugrunde wie im vorerwähnten Entscheid des Gerichtskreises III Aarberg-Büren-Erlach i.S. Denis Barrelet: Am 4. Juni 1997, also gleichentags wie die «24heures», veröffentlichte der «Tages-Anzeiger» einen Artikel, worin aus den zwei Stellungnahmen Defagos an Thomas Borer sowie weitere Personen im Zusammenhang mit dem Eizenstat-Bericht zitiert wurde. Das erste Schreiben wurde auf dem Fax-Beiblatt, das zweite im Schreiben selbst als «vertraulich» bezeichnet. Der für diesen Bericht zuständige Journalist Vanoni hatte Kopien dieser Schreiben von unbekannter Quelle zugespielt erhalten und sich mit Blick auf das grosse Informationsinteresse der Öffentlichkeit dazu entschlossen, diese Briefe zu veröffentlichen. Vanoni wurde in erster Instanz vom Gerichtspräsidenten 16 des Gerichtskreises VIII von Bern-Laupen wegen Verstosses gegen Art. 293 StGB schuldig gesprochen, doch wurde in Anwendung von Art. 293 Abs. 3 StGB von der

Bestrafung Umgang genommen. Infolge des Schuldspruches wurden ihm auch die Verfahrenskosten auferlegt<sup>38</sup>. Gegen diesen Entscheid hatte Vanoni an das Obergericht des Kantons Bern appelliert. Die 2. Strafkammer des Berner Obergerichts hat Vanoni aufgrund der gleichen Erwägungen wie im zuvor entschiedenen Fall i.S. Denis Barrelet gänzlich freigesprochen und ihm eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.- ausgerichtet.

Die 2. Strafkammer des Berner Obergerichts begründete ihren Freispruch im wesentlichen wie folgt<sup>39</sup>: Es sei unbestritten, dass es sich bei den Briefen von Botschafter Defago um «Akten» und beim Botschafter um eine «Behörde» im Sinne von Art. 293 Abs. 1 StGB handle. Auch die Vertraulichkeitserklärung dieser Briefe genüge, um im Sinne des formellen Geheimnisbegriffs den Tatbestand von Art. 293 StGB zu erfüllen. Es müsse aber auf der anderen Seite auch das Recht zur freien Meinungsäusserung gemäss Art. 10 EMRK berücksichtigt werden<sup>40</sup>. In diesem Zusammenhang spiele das Urteil i.S. Goodwin v. Grossbritannien des EGMR vom 27. März 1996 eine nicht unwesentliche Rolle<sup>41</sup>, auch wenn es dort um den Schutz von vertraulichen Quellen (Informantenschutz) und nicht um die Veröffentlichung von amtlichen Geheimnissen ging. In diesem Entscheid habe der EGMR aber immerhin deutlich festgehalten, dass der Quellenschutz Ausfluss der Meinungsfreiheit sei und bei der Anwendung von innerstaatlichen Bestimmungen beachtet werden müsse. Der Quellenschutz sei ferner auch vom Bundesgericht als Ausfluss der Pressefreiheit seit BGE 123 IV 236 ff., nach dem der Fernmeldeverkehr von Journalisten als Dritte (nicht als Tatverdächtige) grundsätzlich nicht mehr abgehört werden dürfe, ausdrücklich anerkannt. In diesem Entscheid habe das Bundesgericht selber eine Rechtsgüterabwägung vorgenommen. Es sei dabei richtig, dass die Interessen des Staates wie öffentliche Sicherheit, Aufrechterhaltung der Ordnung, das Funktionieren der Verwaltung, die Pflege von guten Beziehungen zu anderen Staaten usw. dem Grundrecht der Pressefreiheit grundsätzlich untergeordnet werden, da die Pressefreiheit Rahmenbedingungen für die Ausübung der politischen Rechte schaffe und eine elementare Vor-

38 Unveröffentlichter Entscheid vom 24. März 1999.

39 Der Entscheid i.S. Denis Barrelet vom 27. April 1999 ist auszugsweise veröffentlicht in *medialex* 3/99, 175 ff. und deckt sich mit dem unveröffentlichten Entscheid i.S. Bruno Vanoni vom 7. Mai 1999.

40 Siehe für das schweizerische Verfassungsrecht die neuerdings durch Art. 16 nBV (SR 101) geschützte Meinungs- und Informationsfreiheit (in Kraft seit 1. Januar 2000).

41 Vgl. Recueil des arrêts et décisions 1996, 483 ff. sowie *medialex* 2/96, 99 ff. Zur tendenziell medienfreundlichen Praxis des EGMR siehe neustens auch den Fall Bladet Tromsø und Stensaas v. Norwegen, bei dem eine Verurteilung wegen Ehrverletzung im Zusammenhang mit einer Pressekritik an Robbenjagdmethoden als Verstoss gegen Art. 10 EMRK qualifiziert wurde (Entscheid vom 20. Mai 1999; siehe hierzu *medialex* 4/99, 231 ff.; Plädoyer 4/99, 74).

aussetzung der Demokratie darstelle. Zu Recht habe die Verteidigung von Barrelet deshalb darauf hingewiesen, dass der von Art. 10 EMRK und dem Bundesgericht in seiner neueren Praxis<sup>42</sup> anerkannte Quellenschutz nur dann wirklich Sinne mache, wenn die quellengeschützten Informationen auch weiterverbreitet werden dürfen.

Ein weiteres Urteil des EGMR zeige ferner auf, dass nicht am formellen Geheimnisbegriff allein festgehalten werden könne, sondern eine Rechtsgüterabwägung nicht nur erfolgen soll, sondern muss. Es handelt sich dabei um das Urteil i.S. Fressoz und Roire v. Frankreich vom 21. Januar 1999<sup>43</sup>, das zusammengefasst sagt, die Berichterstattung über gesellschaftsrelevante Vorgänge stehe auch dann unter dem Schutz der Pressefreiheit, wenn sich die Information auf amtliche Dokumente stützt, die der Presse infolge einer Amtspflichtverletzung zugespielt worden sind (in diesem Fall ging es um die Steuerunterlagen des Firmenvorsitzenden und geschäftsführenden Peugeotdirektors Jacques Calvet, die für ihn massive Lohnsteigerungen auswiesen, während der Belegschaft gesagt wurde, aus wirtschaftlichen Gründen könnten leider keine Lohnerhöhungen gewährt werden). Letztlich stelle sich im Fall Barrelet somit die Frage nach der Verhältnismässigkeit. Der formelle Geheimnisbegriff von Art. 293 StGB scheine allerdings auszuschliessen, dass diese Frage überhaupt gestellt werden dürfe und könne. Dazu habe der Verteidiger Barrelets wiederum zu Recht ausgeführt, dass Art. 293 StGB - soweit er diesen formellen Geheimnisbegriff statuiert - Art. 10 EMRK verletze. Diese Norm habe «self-executing»-Charakter, sei damit unmittelbar anwendbar und gehe den Bestimmungen des StGB vor. Die 2. Strafkammer des Berner Obergerichtes prüfte deshalb im weiteren die Frage, ob im Fall Barrelet die Voraussetzungen zur Einschränkung der Meinungsfreiheit gemäss Art. 10 Ziff. 2 EMRK gegeben seien und kam zum Schluss, dass die durch die Veröffentlichung der zwei Schreiben von Botschafter Defago publik gemachten Geheimnisse weder die nationale Sicherheit noch die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, noch die Aufrechterhaltung der Ordnung, noch die Verbrechensverhütung, noch den Schutz der

Gesundheit und Moral, noch den Schutz des guten Rufes oder die Rechte anderer zu gefährden vermochten und es sich somit nicht um Geheimnisse von erheblicher Bedeutung gehandelt habe. Entsprechend war die aus der Bestrafung Barrelets wegen Verstosses gegen Art. 293 StGB für ihn fliessende Beschränkung der Meinungsfreiheit «in einer demokratischen Gesellschaft», wie Art. 10 Abs. 2 EMRK sagt, nicht notwendig und somit nicht konventionskonform. Die beiden Journalisten Barrelet und Vanoni mussten daher freigesprochen werden. Hervorzuheben ist dabei, dass ein blosses Umgangnehmen von Strafe im Sinne von Art. 293 Abs. 3 StGB in aller wünschbaren Klarheit für unzulässig befunden wurde<sup>44</sup>.

Ebenfalls mit sehr stichhaltigen Argumenten verneint wurde schliesslich noch die Frage, ob der Strafrichter bei einem Freispruch geltendes geschriebenes Bundesrecht verletzt, indem er Art. 293 StGB einfach ausser Kraft setzt<sup>45</sup>.

#### IV. Fazit und Ausblick

Es scheint, als hätten Art. 293 StGB und der «formelle Geheimnisbegriff» - Medienschaften werden sagen, endlich - ausgedient, zumindest wenn der Gegenstand von Veröffentlichungen nicht wirkliche Geheimnisse von erheblicher Bedeutung für die demokratische Gesell-

42 Siehe seit 1. April 1998 auch Art. 27<sup>bis</sup> StGB und seit 1. Januar 2000 Art. 17 Abs. 3 nBV (Medienfreiheit, Redaktionsgeheimnis).

43 Auszugsweise auf deutsch übersetzt und veröffentlicht in Praxis Nr. 3/1999, 247 ff.

44 Vgl. Entscheid (FN 39), 178: «(...) Auch ein Schuldspruch mit Umgangnehmen von Strafe im Sinne von Art. 293 Abs. 3 StGB ist nicht zulässig, denn die Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit verhindert eben nicht nur eine Bestrafung, sondern auch einen Schuldspruch. Die Frage, ob es unter diesen Umständen für Abs. 3 von Art. 293 StGB überhaupt noch Anwendungsmöglichkeiten gibt, braucht hier nicht beantwortet zu werden und kann deshalb offenbleiben.»

45 Vgl. Entscheid (FN 39), 178: «Dem ist keineswegs so, macht der Strafrichter doch nichts anderes, als festzustellen, dass bei verfassungsgemässer und EMRK-konformer Auslegung von Art. 293 StGB dieser für den vorliegenden Fall keine Anwendung findet, sondern nur für Fälle, wo ein materiell wesentliches Geheimnis veröffentlicht wird. Art. 293 StGB wird somit durch Art. 10 EMRK keineswegs derogiert, also generell ausser Kraft gesetzt. Aber wie gesagt ist auch Art. 293 StGB EMRK-konform und verfassungsgemäss auszulegen, was zur Folge hat, dass zwar der formelle Geheimnisbegriff weiterhin gilt, jedoch i.S. von BGE 123 IV 247 ff. und unter Hinweis auf den Fall Goodwin zu handhaben ist, was zur Folge hat, dass praktisch doch der materielle Geheimnisbegriff zur Anwendung kommt, indem im Einzelfall eine Güterabwägung hinsichtlich der sich widersprechenden Interessen (Geheimhaltung contra Pressefreiheit) erfolgen muss.»

schaft darstellt<sup>46</sup>. Messlatte für die Strafbarkeit bilden die in Art. 10 Ziff. 2 EMRK normierten Voraussetzungen für die ausnahmsweise zulässige Einschränkung der Meinungsfreiheit. Wenig bzw. praktisch kein Raum mehr bleibt ferner für die Anwendung des dritten Absatzes von Art. 293 StGB, d.h. bei Geheimnisverletzungen von geringerer Bedeutung, die den Regelfall darstellen dürften, muss ein Freispruch verlangt werden, und es kann nicht mehr schuldig gesprochen, aber von Strafe Umgang genommen werden<sup>47</sup>.

Ein Wermutstropfen bleibt aber: Man wird den Eindruck nicht los, dass der EGMR nicht nur im Bereich des UWG<sup>48</sup> bei der Frage der Anwendung des Lauterkeitsrechts auf redaktionelle Beiträge häufig sozusagen den letzten Rettungsanker für die Medienschaffenden darstellt - erinnert sei in diesem Zusammenhang an den bekannten Fall des Umweltbiologen Hertel v. Schweiz<sup>49</sup> -, sondern auch

auf anderen medienrechtlich relevanten Gebieten, wie dem publizistischen Zeugnisverweigerungsrecht, dem Quellen- und Informantenschutz (Fall Goodwin)<sup>50</sup> und neustens eben auch auf dem Gebiet des Geheimnisschutzes (Fall Fressoz und Roire). Der EGMR bzw. die Konventionsgarantien der EMRK und allen voran die in Art. 10 EMRK geschützte Meinungsfreiheit haben sich so zu einem notwendigen Korrektiv für das im europäischen Vergleich in vielen Bereichen allzu strenge schweizerische Recht entwickelt.<sup>51</sup> Denn nur allzu zögerlich nehmen die schweizerischen Gerichte die Aufgabe an, Rechtsanwendungsakte im Bereich des Medienrechts, insbesondere solche strafrechtlicher Art, konsequent auf ihre Verfassungsmässigkeit und ihre Übereinstimmung mit den Konventionsgarantien gemäss EMRK zu überprüfen. Dort, wo es geschieht, war in aller Regel ein Anstoss von Strassburg notwendig (z.B. auch im Fall der Telefonüberwachung von Journalisten<sup>52</sup>).

Es wäre deshalb erfreulich, wenn die schweizerischen Gerichte endlich und von sich aus beginnen würden, einem der obersten Güter in einer demokratischen Gesellschaft, der freien Meinungsäusserung, vermehrt Beachtung zu schenken und Durchsetzung zu verschaffen. Erste Anzeichen für eine solche Trendwende sind da (vgl. z.B. gerade den in diesem Beitrag vielfach zitierten Entscheid der 2. Strafkammer des Berner Obergerichts i.S. Barrelet und Vanoni). Diese Entwicklung sollte jedoch ihren Fortgang nehmen und vor allem und verstärkt auch das Bundesgericht erfassen (was z.B. im Hertel II-Fall noch nicht im genügenden Mass geschehen ist<sup>53</sup>). Skepsis ist dabei aber leider angebracht: Prof. Franz Riklin, der in «*medialex*» den Fall der 2. Berner Strafkammer kommentierte, hat darin klar seine Bedenken geäussert und erklärt, ihm fehle der Glaube, dass das wirklich innovative Urteil des Berner Obergerichts Schule mache und in Zukunft Art. 293 StGB durch eine verfassungskonforme Auslegung praktisch ausser Kraft gesetzt werde, wenn die Meinungsäusserungsfreiheit eines Journalisten tangiert sei<sup>54</sup>. Hoffen wir, dass diese Bedenken unbegründet sind. ■

46 Der Anwendungsbereich von Art. 293 StGB und Art. 320 StGB würde durch das geplante BG über die Öffentlichkeit der Verwaltung (vgl. dazu den vom EJPD im April 2000 in die Vernehmlassung gegebenen Entwurf) und den damit beabsichtigten Wechsel vom heutigen Geheimhaltungs- zum Öffentlichkeitsprinzip zusätzlich wesentlich eingeschränkt (gl.M. STADLER, (FN 6), 125).

47 Immerhin denkbar ist eine Berufung auf Art. 293 Abs. 3 StGB z.B. bei Veröffentlichungen aus Akten einer Strafuntersuchung, auch wenn die veröffentlichten Tatsachen nicht die Qualität materieller Geheimnisse aufweisen. In einem solchen Fall können nicht nur verschiedene Grundrechtsinteressen - auf der einen Seite der Schutz der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK), auf der anderen Seite der Schutz des «fair trial» gemäss Art. 6 EMRK und der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK - miteinander kollidieren, sondern es kann im Einzelfall gerechtfertigt sein, auch dem öffentlichen Interesse an einer effizienten und unbehinderten Strafermittlungs- und untersuchungstätigkeit den Vorrang gegenüber der Meinungsfreiheit einzuräumen.

48 SR 241.

49 Recueil des arrêts et décisions 1998, 2298 ff. vom 25. August 1998; kritisch zu diesem Entscheid jedoch HAEFELIGER/SCHÜRMAN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. A., Bern 1999, 296 FN 61.

50 Siehe zu weiteren Urteilen des EGMR, die bei der Anwendung prozessualer Zwangsmassnahmen auf Journalisten zu beachten sind, RIKLIN, Der Journalist als Zeuge und Beschuldigter im Strafverfahren, *medialex* 3/99, 161 m.H.

51 Vgl. dazu MEILI, Wirtschaftsjournalismus im Konflikt zwischen freier Meinungsäusserung und Lauterkeitsrecht, *medialex* 2/98, 82.

52 BGE 123 IV 247 ff.

53 Vgl. BGE 125 III 185; siehe hierzu auch die Kritik von WERRO, *medialex* 2/99, 101 f. Gegen den Entscheid des Bundesgerichts ist wiederum Beschwerde an den EGMR geführt worden (noch pendent).

54 RIKLIN, *medialex* 3/99, 179.