

«Kassensturz»-Aufnahmen mit versteckter Ton-Bild-Kamera

Bundesgerichtsentscheid vom 7. Oktober 2008 (6B_225/2008)

Die heimliche Tonaufnahme eines mangelhaften Beratungsgesprächs eines Versicherungsvertreters in einer Privatwohnung, das später mit Stimm- (und Gesichts-)verfremdung im Fernsehen ausgestrahlt wurde, verstösst in Bezug auf die für die Aufnahme und Ausstrahlung Verantwortlichen gegen Art. 179bis Abs. 1 und 2 StGB (Aufnehmen fremder Gespräche), in Bezug auf die Gesprächsteilnehmerin gegen Art. 179ter Abs. 1 StGB (Unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen). Verneinung des Vorliegens des Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen und der Berufspflicht.

L'enregistrement sonore clandestin – diffusé à la télévision avec une voix modifiée – d'un conseiller d'assurance peu scrupuleux, en action dans un appartement privé contrevient aux articles 179bis CP (écoute et enregistrement de conversations entre d'autres personnes) et 179ter CP (enregistrement non autorisé de conversations). Ni l'intérêt public prépondérant ni le devoir professionnel n'a été retenu in casu.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Auf Grund von Jahresberichten der Ombudsstelle für Privatversicherungen und Zuschriften von Zuschauern an die Redaktion der Fernsehsendung «Kassensturz» ergab sich, dass sich Versicherungsnehmer über Mängel bei der Beratung durch Versicherungsvertreter beklagten. Deshalb bereitete eine Redaktorin der Sendung einen Beitrag über Kundenberatungen durch Versicherungsvertreter für gemischte Lebensversicherungen vor. Sie vereinbarte mit dem Redaktionsleiter der Sendung und mit dem Chefredaktor von SF DRS, dass konkrete Beratungsgespräche mit Versicherungsvertretern mit versteckter Ton-Bild-Kamera aufgenommen werden, um Fehlleistungen von Versicherungsvertretern bei den Beratungsgesprächen zu dokumentieren. Solche Beratungsgespräche wurden in der Privatwohnung einer Kollegin der Redaktorin durchgeführt und von einem Versicherungsexperten kommentiert und beurteilt. Ein solches Gespräch fand am 26.2.2003 statt. Eingeladen war der Vertreter eines Versicherungsunternehmens, der auf telefonische Anfrage hin erschienen war. Eine Journalistin von SF DRS (im Entscheid als Beschwerdeführerin 4 bezeichnet) gab sich als Kundin aus und gab vor, dass sie sich für den Abschluss einer Lebensversicherung der Säule 3a interessiere. Das Gespräch wurde mit zwei Ton-Bild-Kameras in ein Nebenzimmer übertragen, wo sich die Redaktorin und der Versicherungsexperte befanden und die Ton- und Bildaufnahmen auf einem Monitor mitverfolgten sowie ein Kamermann und eine Tontechnikerin, die das Gespräch aufzeichneten. Nach dessen Abschluss gaben sich die Beteiligten zu erkennen. Die Redaktorin hielt dem Versicherungsvertreter gestützt auf die Einschätzung des Versicherungsexperten vor, dass er eine schlechte Vorsorgeberatung geleistet und kapitale Fehler gemacht habe. Der Betroffene lehnte eine Stellungnahme ab.

In der Folge beschlossen der Chefredaktor und der Redaktionsleiter, das aufgezeichnete Beratungsgespräch in einer kommenden Sendung (auszugsweise) auszustrahlen. Das Versicherungsunternehmen wurde schriftlich angefragt, ob es zum Beratungsgespräch und zur dagegen erhobenen Kritik Stellung nehmen wolle, wobei zugesichert wurde, dass die Aufnahmen des Gesichts und der Stimme seines Vertreters bei der Ausstrahlung des Gesprächs verfremdet würden. Das Unternehmen lehnte eine Stellungnahme ab und der Interviewte

versuchte vergeblich, mit einer zivilrechtlichen vorsorglichen Massnahme die Ausstrahlung zu verhindern.

In der Sendung «Kassensturz» vom 25.3.2003 wurden Ausschnitte aus dem Beratungsgespräch ausgestrahlt, wobei die Aufnahmen des Gesichts und der Stimme des Versicherungsvertreters unkenntlich gemacht wurden.

Der erstinstanzliche Richter sprach den Chefredaktor, den Redaktionsleiter und die Redaktorin vom Vorwurf des Abhörens und Aufnehmens fremder Gespräche im Sinne von Art. 179bis Abs. 1 und 2 StGB sowie die Journalistin, die sich als Kundin ausgegeben hatte (Beschwerdeführerin 4), vom Vorwurf des unbefugten Aufnehmens von Gesprächen im Sinne von Art. 179ter Abs. 1 StGB frei. Auf Berufung der Oberstaatsanwaltschaft des Kt. Zürich und des Geschädigten hin verurteilte das Obergericht des Kantons Zürich Chefredaktor, Redaktionsleiter und Redaktorin wegen Aufnehmens fremder Gespräche im Sinne von Art. 179bis Abs. 1 und 2 StGB sowie Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179quater Abs. 1 und 2 StGB und die «Kundin» (Beschwerdeführerin 4) wegen unbefugten Aufnehmens von Gesprächen im Sinne von Art. 179ter Abs. 1 StGB und Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179quater Abs. 1 StGB zu bedingten Geldstrafen.

Aus den Erwägungen:

2-4 (Erw. 1, welche die Rückweisung der Akten an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung in Bezug auf den behaupteten Verstoß gegen Art. 179quater StGB wegen Verletzung des Anklagegrundsatzes, eventualiter des Rechts auf Verteidigung begründet, wird nachstehend übersprungen)

2.1 Gemäss Art. 179bis StGB wird wegen Abhörens und Aufnehmens fremder Gespräche, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer ein fremdes nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten, mit einem Abhörgerät abhört oder auf einen Tonträger aufnimmt (Abs. 1); wer eine Tatsache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie auf Grund einer nach Absatz 1 strafbaren Handlung zu seiner Kenntnis gelangte, auswertet oder einem Dritten bekannt gibt (Abs. 2); wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt oder einem Dritten zugänglich macht (Abs. 3). Nach Art. 179ter StGB wird wegen unbefugten Aufnehmens von Gesprächen, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer als Gesprächsteilnehmer ein nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung der anderen daran Beteiligten, auf einen Tonträger aufnimmt (Abs. 1); wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt, auswertet, einem Dritten zugänglich macht oder einem Dritten vom Inhalt der Aufnahme Kenntnis gibt (Abs. 2).

2.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, diese Tatbestände seien vorliegend nicht erfüllt. Das Gespräch zwischen der Beschwerdeführerin 4 und dem Beschwerdegegner sei kein nichtöffentliches gewesen. Es habe nicht den Geheim- oder Privatbereich des Beschwerdegegners betroffen. (...).

2.3 Das Gespräch zwischen der Beschwerdeführerin 4 und dem Beschwerdegegner war offensichtlich ein nichtöffentliches Gespräch, da es in der privaten Wohnung einer Kollegin der Beschwerdeführerin 3 geführt wurde und nicht von unbestimmt vielen Personen hätte wahrgenommen werden können. Dass das Gespräch über Versicherungsfragen allenfalls nicht den Geheim- oder Privatbereich des Beschwerdegegners betraf, ist unerheblich. Wohl sind Art. 179bis und Art. 179ter StGB im Dritten Titel des Strafgesetzbuches betreffend «Strafbare Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich» (Art. 173-179novies StGB) eingereicht. Daraus folgt aber nicht, dass ein Gespräch nur unter den Schutzbereich von Art. 179bis und Art.

179ter StGB fällt, wenn es den Geheim- oder Privatbereich desjenigen Gesprächsteilnehmers betrifft, ohne dessen Einwilligung es auf einen Tonträger aufgenommen wurde. Durch Art. 179bis und Art. 179ter StGB wird ein Gespräch geschützt, wenn und weil es nichtöffentlich ist, auch wenn es keine Tatsachen zum Inhalt hat, die zum Geheim- oder Privatbereich eines Gesprächsteilnehmers gehören. Die Tatbestände von Art. 179bis und Art. 179ter StGB unterscheiden sich insoweit vom Tatbestand von Art. 179quater StGB, welcher nur Tatsachen aus dem Geheimbereich oder nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsachen aus dem Privatbereich eines anderen schützt. (...).

2.4 Das Gespräch.... wurde von Mitarbeitenden des Fernsehens SF DRS, die sich in der Wohnung in einem Nebenzimmer aufhielten, aufgenommen. Bis anhin ist die Identität dieser Mitarbeitenden, offenbar ein Kameramann und eine Tontechnikerin, unbekannt geblieben und gegen sie kein Strafverfahren eröffnet worden (....).

2.5.1 Die Beschwerdeführer 1–3 waren in ihrer Eigenschaft als Chefredaktor, Redaktionsleiter und Redaktorin an der Planung und Entschlussfassung massgeblich beteiligt und sind daher in Bezug auf die Straftat des Aufnehmens fremder Gespräche auf einen Tonträger (Art. 179bis Abs. 1 StGB) als Mittäter zu qualifizieren. Für die Beschwerdeführer 1–3 war das Gespräch zwischen der Beschwerdeführerin 4 und dem Beschwerdegegner ein fremdes, da sie daran nicht teilnahmen. Die Beschwerdeführer 1-3 handelten offensichtlich mit Wissen und Willen und somit vorsätzlich.

2.5.2 Das am 26. Februar 2003 aufgezeichnete Gespräch wurde aufgrund eines von den Beschwerdeführern 1–3 in der Folge gemeinsam gefassten Entschlusses in der Fernsehsendung «Kassensturz» vom 25. März 2003 auszugsweise ausgestrahlt, wobei die Tonaufnahme der Stimme des Beschwerdegegners verfremdet und die Bildaufnahme des Gesichts durch Verpixelung offenbar weitgehend unkenntlich gemacht wurden. Dadurch haben die Beschwerdeführer 1–3 vorsätzlich und in mittäterschaftlichem Zusammenwirken im Sinne von Art. 179bis Abs. 2 StGB eine Tatsache, von der sie wussten, dass sie auf Grund einer nach Absatz 1 strafbaren Handlung zu bekannt gegeben. Den Tatbestand von Art. 179bis Abs. 2 StGB kann auch erfüllen, wer zuvor das Gespräch, aus welchem er Tatsachen Dritten bekannt gibt, selber als Täter oder Mittäter auf einen Tonträger aufgenommen hat. Jedenfalls wenn der Entschluss zur Bekanntgabe an Dritte, wie im vorliegenden Fall, erst nach der Aufnahme des Gesprächs auf einen Tonträger gefasst wird, liegt gemäss den zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil (...) Realkonkurrenz vor.

2.5.3 Die Beschwerdeführer 1–3 haben somit nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz den Tatbestand des Aufnehmens fremder Gespräche im Sinne von Art. 179bis Abs. 1 und 2 StGB objektiv und subjektiv erfüllt.

2.6.1 Die Beschwerdeführerin 4 hat das Gespräch, an dem sie teilnahm, nicht selber auf einen Tonträger aufgenommen. Sie war an der Ausführung der Tathandlung des Aufnehmens des Gesprächs nicht massgeblich beteiligt. Zwar musste sie jeweils an ihrem verborgenen Mikrofon den Schalter auf «on» stellen, wenn sie sprach, doch ist dies kein Mittäterschaft begründender Tatbeitrag, wovon zu Recht auch die Vorinstanz ausgeht. Die Beschwerdeführerin 4 hat auch an der Planung und Entschlussfassung, das Gespräch auf einen Tonträger aufzunehmen, nicht massgeblich mit den Beschwerdeführern 1–3 mitgewirkt.

Die Beschwerdeführerin 4 hat jedoch in Kenntnis der Umstände und im Einverständnis damit das Gespräch mit dem Beschwerdegegner geführt. Sie leistete damit als Hauptbeteiligte einen wesentlichen Tatbeitrag. Denn das Aufnehmen des Gesprächs war nur möglich, wenn ein solches überhaupt geführt wurde.

2.5.2 (recte 2.6.2) Allerdings kann die Beschwerdeführerin 4 den Tatbestand von Art. 179bis StGB nicht erfüllen, da sie am Gespräch teilnahm. Die Beschwerdeführer 1–3 ihrerseits können den Tatbestand von Art. 179ter StGB nicht erfüllen, da sie am Gespräch nicht teilnahmen. (...).

2.5.3 (recte 2.6.3) Die Verurteilung der Beschwerdeführerin 4 wegen unbefugten Aufnehmens von Gesprächen im Sinne von Art. 179ter Abs. 1 StGB verstösst somit nicht gegen Bundesrecht.

3.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, die inkriminierte Aufnahme des Gesprächs auf einen Tonträger und die auszugsweise Ausstrahlung des Gesprächs in einer Fernsehsendung seien nicht rechtswidrig. Zur Begründung führen sie zusammengefasst im Wesentlichen aus, bei der gebotenen Berücksichtigung der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV), der Medienfreiheit (Art. 17 BV), der Aufgaben des Journalisten in einer demokratischen Gesellschaft und der dabei zu beachtenden Sorgfaltspflichten sei das inkriminierte Verhalten vor allem durch den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen sowie auch durch den Rechtfertigungsgrund der Berufspflicht (Art. 32 aStGB, Art. 14 StGB) gerechtfertigt. Die Information über Missstände in den Beratungsgesprächen im Versicherungsgeschäft liege im öffentlichen Interesse. Es sei notwendig gewesen, ein konkretes Beratungsgespräch mit einem Versicherungsvertreter aufzuzeichnen und auszugsweise in einer Fernsehsendung auszustrahlen, um die Behauptung eines herrschenden Missstandes betreffend die Qualität der Beratungsgespräche im Versicherungsgeschäft zu dokumentieren und einerseits gegenüber dem Fernsehpublikum und andererseits – im Falle eines gegen die Journalisten angestregten Zivil- und/oder Strafverfahrens – gegenüber den Behörden zu beweisen. Die Aufzeichnung eines konkreten Beratungsgesprächs sei insoweit der einzig mögliche Weg gewesen. Ohne eine solche Aufzeichnung stünden Aussage gegen Aussage und befänden sich die Journalisten in einem für sie riskanten Beweisnotstand, wodurch die Erfüllung ihrer Aufgaben erschwert würde. (...).

3.2 Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass die Tat ein zur Erreichung des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel ist, sie insoweit den einzig möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, welche der Täter zu wahren sucht (BGE 134 IV 216 E. 6.1; BGE 127 IV 122 E. 5c, 166 E. 2b; 126 IV 236 E. 4b, je mit Hinweisen).

Es ist vorliegend nicht darüber zu befinden, ob und unter welchen Voraussetzungen im Rahmen von (verdeckten) journalistischen Recherchen die Aufzeichnung eines nichtöffentlichen Gesprächs ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten durch den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein kann. Zu entscheiden ist hier einzig der konkrete Fall.

3.3 (Darstellung der Position der Vorinstanzen)

3.4 Es besteht grundsätzlich ein erhebliches Interesse einer breiteren Öffentlichkeit an der Information über allfällige Missstände in der Kundenberatung im Versicherungsgeschäft. Dieses Interesse kann offenkundig schwerer wiegen als die Verletzung der Rechtsgüter des Beschwerdegegners durch Aufzeichnung eines Beratungsgesprächs und dessen (auszugsweise) Ausstrahlung in einer Fernsehsendung unter Verfremdung der Stimme.

3.5 Journalisten können sich für ihre Berichterstattung auf den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen auch berufen, wenn an sich die Möglichkeit bestünde, den Rechtsweg zu beschreiten. Die Information der Öffentlichkeit auch über Missstände aller Art gehört zu den Aufgaben der Journalisten. Diesen kann daher nicht entgegengehalten werden, dass beispielsweise die Möglichkeit bestanden hätte, die in der Berichterstattung angegriffene Person bei den Strafverfolgungsbehörden

oder bei einer allfälligen Aufsichtsbehörde anzuzeigen. Insoweit haben Journalisten eine besondere Stellung, die sich namentlich aus der Medienfreiheit (Art. 17 BV) ergibt.

3.6 Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt voraus, dass das inkriminierte Verhalten ein notwendiges Mittel zur Erreichung des angestrebten berechtigten Ziels ist. Erforderlich ist mithin, dass dieses Ziel nicht auf andere Weise erreicht werden kann. Dieses Erfordernis erklärt sich damit, dass der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen Ähnlichkeiten mit dem Notstand aufweist. Dieser setzt unter anderem voraus, dass die Gefahr «nicht anders abwendbar» ist. Nur unter dieser Voraussetzung kann rechtfertigender oder zumindest entschuldbarer Notstand vorliegen (siehe Art. 17 und Art. 18 StGB; vergleiche auch Art. 34 aStGB).

Das inkriminierte Verhalten war aus nachstehenden Gründen zur Erreichung des angestrebten Ziels der Information der Öffentlichkeit über Missstände bei der Beratung im Versicherungsgeschäft nicht notwendig und ist daher nicht durch den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen gerechtfertigt.

3.7.1 Für eine kritische Berichterstattung über allfällige Missstände bei der Kundenberatung im Privatversicherungsgeschäft bestehen vielfältige Möglichkeiten. Die Journalisten können die Jahresberichte der Ombudsstelle für Privatversicherungen darstellen und kommentieren, Mitarbeiter der Ombudsstelle befragen, unmittelbar betroffene Kunden zu Wort kommen lassen, konkret abgeschlossene Verträge kommentieren, aus welchen sich ergeben kann, dass sie nicht auf die Bedürfnisse der Versicherungsnehmer zugeschnitten und diese offenkundig schlecht beraten worden sind, und anderes mehr.

Den Beschwerdeführern ist allerdings darin zuzustimmen, dass ein Missstand bei der Kundenberatung nicht ohne weiteres allein gestützt auf Aussagen von betroffenen Kunden behauptet werden kann, da solche Aussagen aus verschiedenen Gründen unzutreffend oder ungenau sein können und daher einer Überprüfung bedürfen. (...)

3.7.3 Durch das inkriminierte Verhalten wurde gezeigt und «bewiesen», was ein bestimmter Versicherungsvertreter (...) im Rahmen eines bestimmten Beratungsgesprächs (...) im Einzelnen gesagt hatte. In der Fernsehsendung erläuterte ein Versicherungsexperte, inwiefern das Beratungsgespräch im Hinblick auf den Abschluss einer Lebensversicherung der Säule 3a aus seiner Sicht mangelhaft war. Durch das inkriminierte Verhalten wurde mithin den Fernsehzuschauern vorgeführt, dass ein konkretes Beratungsgespräch eines bestimmten Versicherungsvertreters mangelhaft war. Das ist indessen eine banale Tatsache. Dass es unter den zahlreichen Versicherungsvertretern auch solche gibt, die – sei es aus Unfähigkeit, sei es, um Kunden zum Abschluss einer unnötigen oder ungünstigen Versicherung zu veranlassen – schlechte Beratungsgespräche führen, kann als eine Tatsache angesehen werden, die dem durchschnittlichen Fernsehzuschauer bekannt ist. Für die Öffentlichkeit von Interesse wäre aber gerade das Ausmass solcher schlechter Beratungsgespräche, mithin die Frage, ob es sich dabei um Einzelfälle handelt, ob schlechte Beratungsgespräche relativ häufig sind oder gar Methode haben oder sogar systemimmanent sind. All dies kann aber die tatbestandsmässige Aufzeichnung eines konkreten Beratungsgesprächs und dessen (auszugsweise) Ausstrahlung in der Fernsehsendung nicht dokumentieren und «beweisen».

3.7.4 Selbst wenn aber die Darstellung eines konkreten schlechten Beratungsgesprächs ein Indiz für einen herrschenden Missstand sein könnte, wäre das inkriminierte Verhalten nicht notwendig gewesen. Soweit das Führen von Beratungsgesprächen zum Zwecke des (verdeckten) Recherchierens zulässig ist (siehe dazu E. 3.7.2 hievon), bedarf es zur Berichterstattung darüber keiner tatbestandsmässigen Aufnahme des Gesprächs auf einen Tonträger. Zwar dürfte es unrealistisch sein, dass der Journalist während des Gesprächs darüber ein Protokoll führt, da dieses auffällige Verhalten den Versicherungsvertreter misstrauisch machen könnte. Ein Journalist sollte aber in der Lage sein, die wesentlichen Äusserungen des Versicherungsvertreters im Beratungsgespräch nach dessen Abschluss auf Grund von knappen Notizen sinngemäss zu protokollieren, um

auf dieser Grundlage darüber zu berichten.

3.7.5 Allerdings stehen sich im Fall eines Streits über den tatsächlichen Inhalt des Beratungsgesprächs gleichsam die Aussagen des Journalisten und jene des Versicherungsvertreters gegenüber. Daher erscheint aus der Sicht des Journalisten die Aufnahme des Gesprächs auf einen Tonträger und dessen (auszugsweise) Ausstrahlung in der Fernsehsendung gleichsam als Beweis zuhanden des Fernsehzuschauers als nützlich und hilfreich. Dies rechtfertigt indessen das inkriminierte Verhalten nicht. Das Risiko, dass Aussage gegen Aussage steht, hat der Fernsehjournalist genauso hinzunehmen wie etwa der Zeitungsjournalist, dem ein solcher Beweis zuhanden des Lesers angesichts der Art des Mediums gar nicht möglich ist. Dadurch wird die kritische Berichterstattung nicht in unzulässiger Weise erschwert.

Im Übrigen ist davon auszugehen, dass auch und gerade in der heutigen Zeit den journalistischen Beiträgen im Bereich des Konsumentenschutzes vom Publikum ein vergleichsweise hohes Vertrauen in deren Zuverlässigkeit und Wahrhaftigkeit entgegengebracht wird und das Publikum in Anbetracht der Interessenlage im Streitfall den Aussagen des recherchierenden Journalisten über den Inhalt eines bestimmten Gesprächs eher Glauben schenken wird als den Aussagen beispielsweise eines Versicherungsvertreters. Auch aus diesem Grunde ist es nicht notwendig, das Gespräch ohne die Einwilligung des Gesprächspartners auf einen Tonträger aufzunehmen und in einer Fernsehsendung (auszugsweise) auszustrahlen, zumal der durchschnittliche Fernsehzuschauer als Laie in Versicherungsfragen aus dem Gespräch allein ohnehin nicht erkennen kann, inwiefern die Beratung im Einzelnen fachlich mangelhaft war.

3.7.6 Die Aufnahme des Gesprächs auf einen Tonträger ohne die Einwilligung aller Gesprächsteilnehmer kann auch nicht im Hinblick auf einen allfälligen Prozess gegen den Journalisten gerechtfertigt werden, bei welchem der Inhalt des Beratungsgesprächs eine Rolle spielen könnte. Dass im Streitfall Aussage gegen Aussage steht, ist nichts Ungewöhnliches. Dieses Risiko hat auch der Journalist hinzunehmen. Dadurch wird die kritische Berichterstattung nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt. Aus der Medienfreiheit ergibt sich nicht, dass dem Journalisten im Rahmen von Recherchen die Aufzeichnung von Gesprächen auf einen Tonträger ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten zur Beweissicherung im Hinblick auf einen allfälligen Prozess und damit zur Minimierung der Prozessrisiken erlaubt ist. In der Konstellation von Aussage gegen Aussage liegt nicht ein «Beweisnotstand», der die tatbestandsmässige Aufnahme des Gesprächs rechtfertigt.

3.8 (Begründung, warum der in der heutigen Fassung des StGB nicht mehr ausdrücklich erwähnte Rechtfertigungsgrund der Berufspflicht nicht angerufen werden kann).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Beschwerde wird, soweit die Verurteilung der Beschwerdeführer wegen Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte (Art. 179quater StGB) betreffend, gutgeheissen und die Sache in diesem Punkt zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. (...)

ANMERKUNGEN von Prof Franz Riklin:

Zuzustimmen ist dem Entscheid in Bezug auf die Anwendbarkeit von Art. 179ter Abs. 1 StGB auf die Beschwerdeführerin 4 und sowohl von Art. 179bis Abs. 1 als auch Abs. 2 StGB auf die übrigen Beschuldigten (Erw.2).

Höchst bedenklich ist der Entscheid jedoch in seinem Umgang mit dem Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen, nicht nur in inhaltlicher Hinsicht, sondern auch formal und wegen seines lebensfremden Medienverständnisses (Erw.3).

Zum Inhaltlichen: Es erstaunt, dass ein wichtiges Faktum in den bundesgerichtlichen Erwägungen ausgeblendet wird: Die vorgenommene Verfremdung der Stimme und die Verpixelung des Gesichts des Aufgenommenen. In den Art. 179bis ff. StGB geht es um den Persönlichkeitsschutz, den strafrechtlichen Schutz des Rechts am eigenen Wort und des Rechts am eigenen Bild. Und in jedwelcher Literatur zum privat- und strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz wird für die Annahme einer medialen Persönlichkeitsverletzung verlangt oder vorausgesetzt, dass der Betroffene identifizierbar ist. Das war für das Bundesgericht kein vertiefungswürdiges Thema. Zugegeben, strafrechtlich wird eine Normverletzung bereits durch die Aufnahme begangen und nicht erst durch deren (allenfalls anonymisierte) Verbreitung. Die Diskussion über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes setzt aber gerade voraus, dass der Beschuldigte tatbestandsmässig handelt, d.h. formal überhaupt einen Straftatbestand erfüllt. In besonderen Rechtfertigungsfällen wird jedoch ein tatbestandsmässiges Verhalten als nicht wertwidrig angesehen, wenn es dazu dient, einen höheren Wert als den des geschützten Rechtsguts zu verwirklichen (Schultz, AT I, 148). Allen Rechtfertigungsgründen liegen deshalb Wertkollisionen zugrunde (Noll, ZStrR 1964, 163). Es geht stets um eine Interessenabwägung. Und bei dieser müsste im vorliegenden Fall die Anonymisierung eine Rolle spielen, und zwar eine ganz zentrale. Der Eingriff war relativ geringfügig (Aufnahme im Hinblick auf eine anonymisierte Veröffentlichung), die Interessenlage auf der Medienseite höher (Medienfreiheit etc.). Wäre nicht anonymisiert worden (ein solcher Kassensturzfall mit versteckter Ton-Bild-Kamera ist ja noch hängig und die Problematik wurde in Medialex 2007 S. 55f. kritisch diskutiert), bräuchte es bezüglich der betroffenen Rechtsgüter des Aufgenommenen (sofern er nicht nachträglich in die Ausstrahlung einwilligt) sehr viel höhere (öffentliche) Gegeninteressen, um die heimliche Aufnahme und die nicht anonymisierte Ausstrahlung zu rechtfertigen. Statt eine solche Interessenabwägung vorzunehmen laviert der hier besprochene Entscheid verschiedentlich auf Nebengeleisen, etwa wenn gesagt wird, Journalisten könnten sich auch auf den genannten Rechtfertigungsgrund berufen, wenn die Möglichkeit bestünde, den Rechtsweg zu beschreiten (Erw. 3.5). Hoffentlich! Oder muss man gar noch froh sein, dass das Bundesgericht nicht verbietet, über etwas zu berichten, gegen das man auch auf dem Rechtsweg vorgehen könnte?

In der juristischen Literatur wird der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen grundsätzlich anerkannt und bezüglich seiner Voraussetzungen diskutiert. Auch das Bundesgericht hat sich in alten Zeiten auf ihn gestützt. Zwischen 1942 und 1950 hat es im Ehrverletzungsrecht mit Hilfe dieses Rechtfertigungsgrundes den damals noch nicht kodifizierten Gutgläubensbeweis als Strafausschlussgrund anerkannt. In jüngerer Zeit finden jedoch – jedenfalls in Medienfällen – nur noch Alibiübungen statt. Durch die Erwähnung dieses Rechtfertigungsgrundes wird vorgetäuscht, auch aus der Sicht des Bundesgerichts gebe es ihn, dann wird er aber an so rigide Voraussetzungen geknüpft, dass er jedes Mal den Kürzeren zieht. Praktiziert wird dies mit der auch in diesem Entscheid zitierten Floskel, die Tat müsse ein zur Erreichung des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel sein und insoweit den einzig möglichen Weg darstellen sowie offenkundig weniger schwer wiegen als die Interessen, welche der Täter zu wahren suche. Zwar ist es richtig, dass bei Rechtfertigungsgründen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität gegenüber Alternativen gilt. Auch muss gerade der zur Diskussion stehende Rechtfertigungsgrund auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben und darf nicht dazu benutzt werden, Wertungen des Gesetzgebers in ihr Gegenteil zu verkehren. Aber das Bundesgericht wendet die erwähnte Floskel derart rigide an, worauf nachstehend noch eingegangen wird, dass sie zu einer wahren «Killerfloskel» geworden ist.

Zum Formellen: Zur Erhärtung dieser Floskel zitiert sich das Bundesgericht jeweils selber, im konkreten Fall u.a. auch mit BGE 127 IV 122, worin es eine journalistische Anfrage wegen Vorstrafen von Beschuldigten an die Staatsanwaltschaft als Anstiftung zu einer Amtsgeheimnisverletzung bewertete und in der Folge in Strassburg in einem einstimmig gefällten Entscheid wegen Verstosses gegen das Recht auf freie Meinungsäusserung Schiffbruch erlitt (Urteil des EGMR Nr. 77551/01 vom 25.4.2006 i.S. Dammann gegen

Schweiz). Diesen seinen Fehlentscheid sollte das Bundesgericht gelegentlich aus seinen Textbausteinen entfernen. Lehrmeinungen, die sich mit dem Anwendungsbereich und den Voraussetzungen dieses Rechtfertigungsgrundes befassen, haben demgegenüber nicht die Ehre, in die bundesgerichtlichen Erwägungen einzufließen und schon gar nicht Strassburger Urteile, wie etwa der Entscheid Nr. 15890/89 vom 23.9.1994 i.S. Jersild gegen Dänemark, wo ein Journalist Recht bekam, der in einer Sendung über eine rechtsextreme Jugendgruppe Interviews ausstrahlte, die rassistische Aussagen enthielten, um die Geisteshaltung dieser Jugendlichen realistisch zu dokumentieren. Er musste sich gerade nicht damit begnügen, bloss verbal zu sagen, in dieser Gruppe gehörten rassistische Aussagen zur Tagesordnung.

Zum Medienverständnis: Aus der erwähnten «Killerklausel» wird namentlich jener Teil hervorgehoben, der besagt, dass das inkriminierte Verhalten ein notw'endiges Mittel zur Erreichung des angestrebten berechtigten Zieles sein müsse. Dabei liest man Sätze, die "ein grosses Unverständnis über das journalistische Handwerk und die Me sinngemäss gesagt, die Darstellung dieses Falles sei banal gewesen, weil dem durchschnittlichen Fernseh Zuschauer klar gewesen sei, dass es unter den zahlreichen Versicherungsvertretern auch solche gebe, die schlechte Beratungsgespräche führen. Viel wichtiger wäre es für die Zuschauer gewesen, etwas über die Häufigkeit solcher Gespräche zu erfahren. Dabei wird übersehen, dass in der Sendung bzw. in ihrem Vorspann das zum Ausdruck kam, was bei der Sachverhaltschilderung des Bundesgerichts ganz am Anfang gesagt wird: Die Ombudsstelle für Privatversicherungen und Zuschriften an den Kassensturz hätten sich über Mängel bei der Versicherungsberatung beklagt, die Ombudsstelle auch über den bestehenden Beweisnotstand. Ferner kam in der Sendung zum Ausdruck, dass von sieben zum Schein befragten Beratern nur einer überzeugte. Folglich wurde dem Zuschauer die Grundproblematik vermittelt und der hier zur Diskussion stehende Fall pars pro toto als typisches Ereignis realitätsnah geschildert. Das hätte man jedoch laut Bundesgericht höchstens deskriptiv aber nicht real mit versteckter Ton-Bild-Kamera tun dürfen. Mit dieser Logik könnte man z.B. auch die Abbildung der Verletzungen eines Folteropfers oder einer Stallung mit tierquälerisch gehaltenen Tieren als journalistisch irrelevant bezeichnen, weil man ja weiss, dass auf dieser Welt vielerorts gefoltert wird und in Tierfarmen immer wieder illegale Zustände herrschen. Und statt die Tagesschau auszustrahlen könnte man auch bloss den trockenen Teletext einblenden. Die Wirkung realistischer Darstellungen wird vom Bundesgericht völlig übersehen. Zugegeben, der Kassensturzfall unterscheidet sich vom erwähnten Beispiel mit dem Folteropfer dadurch, dass ein Straftatbestand erfüllt wurde. Aber deswegen müsste man eben eine Güter- oder Interessenabwägung vornehmen, welche das Bundesgericht in diesem Entscheid ausblendet. Erstaunen wecken zwei weitere Überlegungen des Bundesgerichts angesichts des Problems. dass bei einer bloss verbalen Berichterstattung über das geführte Gespräch im Bestreitungsfall Aussage gegen Aussage gestanden hätte. Aus der Sicht der journalistischen Correctness meint unser höchstes Gericht, ein Fernsehjournalist habe dies hinzunehmen und es rechtfertige das inkriminierte Verhalten nicht, zumal bei den Printmedien ein direkter Beweis wegen der Art des Mediums ebenfalls nicht möglich wäre; dadurch werde die Berichterstattung nicht in unzulässiger Weise erschwert. Daran ist einzig richtig, dass dies dann hinzunehmen ist, wenn als Alternative nur eine erhebliche Rechtsgutsverletzung zur Verfügung steht. Und eine solche Abwägung findet wie erwähnt im Entscheid gar nicht statt, abgesehen davon, dass natürlich auch ein Zeitungsjournalist ein Gespräch heimlich aufnehmen und im Bestreitungsfall die Aufnahme publik machen kann. Und in einer zweiten Überlegung überbrückt das Bundesgericht das erwähnte Aussage-gegen-Aussage-Dilemma mit der kühnen Behauptung, in der heutigen Zeit werde vom Publikum journalistischen Beiträgen im Bereich des Konsumentenschutzes vergleichsweise hohes Vertrauen in deren Zuverlässigkeit und Wahrhaftigkeit entgegengebracht und angesichts der Interessenlage dem recherchierenden Journalisten eher Glauben geschenkt als dem bestreitenden Versicherungsvertreter. Den Kassensturz wirds freuen. Dem ist zweierlei entgegenzuhalten: Erstens ist das Ansehen von Medienberufen in allen Umfragen ziemlich schlecht (was bereits eine simple Google-Recherche belegt) und zweitens wäre dann, wenn einer Sendung wie dem Kassensturz eine hohe Glaubwürdigkeit

zugeschrieben werden sollte, dies gerade eine Folge davon, dass diese Sendung Missstände nicht einfach nur behauptet, sondern je nach den Gegebenheiten durch Laboranalysen anerkannter Institutionen, Gespräche mit Experten, die Vorlage von Dokumenten, die direkte Konfrontation Angegriffener mit Kamera und Tonband mit den erhobenen Vorwürfen sowie in diesem Fall durch ein Livegespräch mit einem «schwarzen Schaf» dokumentiert.

Es gab vor kurzem bereits einen Entscheid mit einer ähnlichen Konfliktlage, BGE 127 IV 166. Auch dort verfolgte ein (italienischer) Journalist legitime Ziele, indem er sich zu Recherchezwecken unter dem Namen eines Kosovo-Albaners zusammen mit wahren Flüchtlingen durch ein Loch im Grenzzaun an der Südgrenze der Schweiz in unser Land einschleusen liess, um aus erster Hand über das Schicksal dieser heimlich auf Schweizer Boden weilenden Personen zu berichten. Er verletzte mit seinem illegalen Grenzübertritt nur unwesentlich Rechtsvorschriften. Auch dieser Journalist fiel der «Killerfloskel» zum Opfer. Der NZZ-Korrespondent meinte damals, es sei schlicht naiv, zu glauben, auf dem als Alternative vorgeschlagenen Weg der Befragung wären auch nur annähernd gleichwertige Informationen zu beschaffen gewesen. Das Bundesgericht liess sich offensichtlich von dieser Feststellung nicht beeindrucken.

em. Prof. Franz Riklin, Freiburg