

Bachelorarbeit

Der Informanten- und Quellenschutz im schweizerischen Strafrecht

Eingereicht bei PD Dr. Gwladys Gilliéron LL.M. am 16.5.2015

**Verfasser:
Alex Dutler
Wydäckerring 76
8047 Zürich
a_dutler@yahoo.de
04-866-737
9. Studiensemester**

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	III
Literaturverzeichnis.....	V
Materialienverzeichnis.....	VII
1. Einleitung.....	1
2. Zu den Grundlagen des freien Medienschaffens und dessen Schranken.....	1
2.1 Ratio legis der Sonderregelung zum Informanten- und Quellenschutz im schweizerischen Strafrecht.....	1
2.2 Rechtsgrundlagen in der EMRK und der Bundesverfassung.....	3
2.3 Kein Schutz ist absolut – vom Umgang mit kollidierenden Rechtsgütern.....	4
3. Historische Entwicklung.....	5
3.1 Vor 1997.....	5
3.2 Der Kurswechsel: Goodwin vs. The United Kingdom.....	5
3.3 Die Einführung des Quellenschutzes in Art. 27 ^{bis} StGB.....	6
3.4 Die StGB-Revision von 2007.....	6
3.5 Die Einführung von Art. 172 StPO.....	6
4. Rechtsvergleichung.....	6
5. Art. 28a StGB im Besonderen.....	7
5.1 Allgemeines.....	7
5.2 Art. 28a Abs. 1.....	8
5.2.1 Der Medienbegriff.....	8
5.2.2 Die periodische Publikation.....	9
5.2.3 Die Beschränkung auf Informationen und die Ausklammerung reiner Unterhaltung.....	11
5.2.4 Die Beschränkung auf den redaktionellen Teil und die Ausklammerung des Anzeigenteils.....	13
5.2.5 Die berufliche Tätigkeit.....	15
5.3 Art. 28a Abs. 2 StGB.....	16
5.3.1 Die Entstehungsgeschichte des Ausnahmekatalogs.....	16
5.3.2 Rettung aus unmittelbarer Gefahr (lit. a).....	17
5.3.3 Aufklärung schwerer Delikte (lit. b).....	18
5.3.3.1 Der Straftatenkatalog und seine Kriterien.....	18
5.3.3.2 Kritik am Straftatenkatalog.....	20
5.3.3.3 Untersuchung: Wissen Journalisten um die Rechtslage?.....	21
6. Diskussion BGer 1B_293/2013.....	23
7. Fazit und Ausblick.....	25
Anhang.....	26
Selbstständigkeitserklärung.....	30

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
aBV	alte Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil (des Schweizerischen Strafgesetzbuches)
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BetmG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe, Betäubungsmittelgesetz (SR 812.121)
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
Diss.	Dissertation
D-StPO	(deutsche) Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl I S. 1974, 1319)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
et al.	et alii
etc.	et cetera
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)

h.L.	herrschende Lehre
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
Nr.	Nummer(n)
PR	Public Relations
RTVG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (SR 784.40)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
vgl.	vergleiche
vs.	versus
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Literaturverzeichnis

- FROWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Berlin 2009 (zit. KOM EMRK, Art. x N y)
- MÜLLER PAUL/SCHEFER MARKUS Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008
- NOBEL PETER/WEBER ROLF Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007
- RIKLIN FRANZ Anmerkungen zu *Goodwin vs. The United Kingdom*, EGMR 17488/90 (1996), medialex 1996, S. 99 ff. (zit. RIKLIN, medialex 1996)
- RIKLIN FRANZ Der Journalist als Zeuge und Beschuldigter im Strafverfahren, medialex 1999, S. 156 ff. (zit. RIKLIN, medialex 1999)
- RIKLIN FRANZ Schweizerisches Presserecht, Bern 1996 (zit. RIKLIN, Presserecht)
- RIKLIN FRANZ Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenlehre, 3. Aufl., Zürich 2007 (zit. RIKLIN, AT I)
- RÜHL MANFRED Journalismus und Gesellschaft, Bestandesaufnahme und Theorieentwurf, Mainz 1980
- SCHMID NIKLAUS Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit. PKO StPO, Art. x N y)
- SCHMOHL DENISE Staatsschutz vs. Quellenschutz – ist der Quellenschutz von Medienschaffenden in Gefahr?, in: Hänni Julia/Kühne Daniela (Hrsg.), Brennpunkt Medienrecht, Das mediale Zeitalter als juristische Herausforderung,

- Zürich 2009, S. 61 ff. (zit. SCHMOHL, Gefahr)
- SCHMOHL DENISE Der Schutz des Redaktionsgeheimnisses in der Schweiz, Diss. Zürich 2013 (zit. SCHMOHL, Diss.)
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts (Art. 28, 332^{bis} StGB), in: Cavallo Angela *et al.* (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich 2012, S. 165 ff.
- SIDLER MAYA/ZACHARIAE JÖRG Das Redaktionsgeheimnis ist gewährleistet – aber wodurch?, in: Camprubi Madleine (Hrsg.), Angst und Streben nach Sicherheit in Gesetzgebung und Praxis, Zürich 2004, S. 69 ff.
- TRECHSEL STEFAN/JEAN-RICHARD MARC Art. 28a: Quellenschutz, in: Trechsel Stefan *et al* (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit. PKO StGB, Art. x N y)
- WERLY STÉPHANE La protection du secret rédactionnel, Diss. Genf 2005, (zit. WERLY, Diss.)
- WERLY STÉPHANE Art. 28a StGB, in: Roth Robert/Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, Basel 2009 (zit. CRO CP, Art. x N y)
- ZELLER FRANZ Art. 28-28a StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB, Art. x N y)
- ZELLER FRANZ Art. 172 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO, Art. x N y)

Materialienverzeichnis

Gesetzesmaterialien:

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht) vom 17. Juni 1996, BBl 1996 IV 525 ff. (zit. Botschaft Medienstrafrecht)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV)

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff. (zit. Botschaft StPO)

1. Einleitung

Als Grundpfeiler der Pressefreiheit kommt dem Schutz journalistischer Quellen in den nationalen Rechtsordnungen der demokratischen Staaten eine Schlüsselfunktion zu. Medienschaffende decken in Erfüllung ihrer Aufgabe gesellschaftliche Missstände auf und tragen zur politischen Meinungsbildung bei. Oft sind sie dazu auf Hilfe von Informanten angewiesen, welche ihr Wissen nur im Vertrauen darauf teilen, dass ihre Identität nicht preisgegeben wird. Die entsprechenden gesetzlichen Regelungen stellen für derartige Zusicherungen verbindliche und verlässliche Spielregeln auf.

Die vorliegende Arbeit liefert einen abschliessenden Überblick über den Informanten- und Quellenschutz im schweizerischen Strafrecht. Der Schwerpunkt der Betrachtung liegt dabei auf Art. 28a StGB. Nach einem Überblick zur historischen Entwicklung und den Rechtsgrundlagen der Gesetzesnorm findet eine Rechtsvergleichung statt. Hierbei werden Unterschiede zwischen der schweizerischen und der internationalen Gesetzgebung umrissen.

Anschliessend wird der Gesetzestatbestand detailliert analysiert und die damit einhergehenden Problematiken herausgearbeitet, welche sich aufgrund der rasanten technologischen und gesellschaftlichen Entwicklungen der vergangenen Jahre ergeben haben.

Während die Aufklärung schwerer Verbrechen mit der Pressefreiheit konkurrieren kann, kommt ihr in einem Rechtsstaat ebenfalls fundamentale Bedeutung zu. Aus diesem Grund werden die Voraussetzungen zur Durchbrechung des Informanten- und Quellenschutzes im schweizerischen Strafrecht besonders eingehend thematisiert. Der Ausnahmekatalog von Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB wird kritisch gewürdigt und mittels einer Befragung von journalistischen Probanden genauer auf seine Praxistauglichkeit überprüft.

Abschliessend wird die aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung anhand eines jüngeren Bundesgerichtsurteils gestreift und eine Zusammenfassung der Erkenntnisse in kompakter Form aufbereitet.

2. Zu den Grundlagen des freien Medienschaffens und dessen Schranken

2.1 Ratio legis der Sonderregelung zum Informanten- und Quellenschutz im schweizerischen Strafrecht

Obwohl ihre dominante Stellung zunehmend durch soziale Netzwerke und andere frei zugängliche

Publikationskanäle untergraben wird¹, bestimmen professionelle Medienschaffende die Agenda der öffentlichen Diskussion noch immer massgeblich mit. Journalisten, deren Arbeit via Zeitung, Zeitschrift, Online-Portal, Radio oder Fernsehen publiziert wird, prägen den Diskurs der Gesellschaft und liefern wichtige Impulse zur Auseinandersetzung mit offenen oder unzureichend geklärten Fragen von allgemeinem Interesse. Durch Selektion der Themen, die Recherche von Informationen und Reduktion deren Komplexität auf ein allgemein verständliches Niveau bestimmt das System des Journalismus mit, was in den Fokus der breiten Öffentlichkeit gerät.²

Besonders im Bereich der politischen Meinungs- und Willensbildung spielen die Medien eine bedeutende Rolle. Wahlkampf und Auseinandersetzung mit abstimmungsrelevanten Fragen finden im Jahr 2015 grösstenteils nicht mehr in Versammlungen politisch Gleichgesinnter oder sonstigem persönlichen Kontakt statt. Vielmehr werden sie zunehmend im Rahmen von dramaturgisch durchgeplanten Auftritten in den Arenen der Medienöffentlichkeit kontrovers ausgefochten und sind somit leichter zugänglich und transparenter für die ganze Gesellschaft.³

Zusätzlich zu dieser Rolle als Träger der demokratischen Diskussion übernehmen Medien auch eine Wächterfunktion über das korrekte Funktionieren der gesellschaftlichen Institutionen und deren Repräsentanten. Einer der Vorzüge des investigativen Journalismus ist es, dass er durch mediale Ermittlungen immer wieder kleinere und grössere Missstände aufdeckt, welche unrechtmässig oder unmoralisch handelnde Personen versuchen geheim zu halten.⁴ Regelmässig finden als Resultat derartiger Enthüllungen konkrete Anpassungen in den betroffenen Institutionen statt. Somit leisten die Medien einen wichtigen Beitrag zur Wahrung der gesellschaftlichen Gerechtigkeit, der ihnen inoffiziell auch den Titel der «vierten Gewalt» einbringt. Dieser ist jedoch unzutreffend, da die Medien – im Gegensatz zu den institutionalisierten Staatsgewalten – nicht mit rechtlich zugewiesenen und mittels Zwang durchsetzbaren Machtbefugnissen ausgestattet sind.⁵

Die Informationen, welche Medienschaffende zur Erfüllung der obgenannten Aufgaben benötigen, sind nicht immer problemlos zugänglich. Insbesondere zur Wahrung ihrer «Wachhund-Funktion» betreiben Journalisten teilweise aufwendige Eigenrecherchen. Dabei sind sie regelmässig auf die Hilfe von Informanten angewiesen, welche aufgrund ihrer beruflichen oder gesellschaftlichen Stellung oder aus anderen Gründen über vertrauliches Wissen verfügen und auch bereit sind, dieses zu teilen. Oftmals sind diese Informationsquellen aus Überlegungen des Selbstschutzes gerade bei sensiblen Angelegenheiten nur im Vertrauen darauf kooperationsbereit, dass die Medienschaffenden

1 SCHMOHL, Diss., S. 30 f.

2 RÜHL, S. 322 f.

3 Botschaft Medienstrafrecht, S. 528.

4 WERLY, Diss., S. 35 ff.

5 NOBEL/WEBER, S. 17.

ihre Identität nicht preisgeben.⁶

Wenn Journalisten aufgrund von strafrechtlichen Bestimmungen zur Offenlegung ihrer Informationsquellen gezwungen werden könnten, wäre diese Zusicherung nicht länger gewährleistet. Somit bestünde auch die Möglichkeit eines abschreckenden Effekts auf andere potentielle Informanten. Dieser sogenannte «chilling effect» hätte mit grosser Wahrscheinlichkeit zur Folge, dass der Öffentlichkeit wichtige Informationen vorenthalten würden.⁷ Somit ist die *ratio legis* der Sonderregelung zum Informanten- und Quellenschutz des schweizerischen Strafrechts im Schutz der bedeutenden Diskurs- und Kontrollfunktion der Medien innerhalb der demokratischen Ordnung zu sehen.

2.2 Rechtsgrundlagen in der EMRK und der Bundesverfassung

Aus der Europäischen Menschenrechtskonvention bzw. der dazugehörigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und der schweizerischen Bundesverfassung ergeben sich verbindliche Vorgaben zur rechtlichen Ausgestaltung des Informanten- und Quellenschutzes im schweizerischen Strafrecht.⁸

Art. 10 EMRK schützt die Freiheit der Meinungsäusserung. Ein Bestandteil davon ist fraglos die Medienfreiheit, obwohl sie im Gesetzestext nicht explizit erwähnt wird. Die Freiheit der Meinungsäusserung umfasst unter anderem die Garantie, die Gesamtheit aller Mitteilungen des menschlichen Denkens inklusive Überlegungen, Beobachtungen von Tatsachen und Informationen ohne staatliche Einmischung verbreiten und erhalten zu können. Sie ist nicht auf bestimmte Arten von Nachrichten beschränkt und findet somit auch auf den letztlich regelmässig kommerziell motivierten Journalismus Anwendung.⁹

Obwohl die Medienfreiheit ein Recht auf Verweigerung der Zeugnis- und Herausgabepflicht im Strafprozess nicht direkt konstituiert, hat die EGMR-Vorgängerinstitution EKMR für Journalisten bereits 1982 aus der Garantie der freien Meinungsäusserung erstmals das Recht abgeleitet, Informationen zu verweigern und Stillschweigen zu bewahren.¹⁰ Seit dem Entscheid *Goodwin vs. United Kingdom* von 1996 wird das Redaktionsgeheimnis und das sich daraus manifestierende journalistische Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht als Eckpfeiler und Grundvoraussetzung der Pressefreiheit vom EGMR in konstanter Rechtsprechung anerkannt.¹¹

6 Botschaft Medienstrafrecht, S. 533.

7 EGMR *Voskuil vs. The Netherlands*, 64752/01 (2007) Ziff 71.

8 SCHMOHL, Diss., S. 65.

9 KOM EMRK, Art. 10 N 15.

10 SCHMOHL, Diss., S. 66.

11 EGMR *Goodwin vs. The United Kingdom*, 17488/90 (1996), Ziff. 37, 39, 40.

Auch im schweizerischen Verfassungsrecht wird das Redaktionsgeheimnis seit 1999 in Art. 17 Abs. 3 BV als Teilgehalt der Medienfreiheit geschützt. Kern dieser Schutzwirkung mit Garantie- und Abwehrfunktion ist die Gewährung eines strafprozessrechtlichen Zeugnisverweigerungsrechts, dessen Einzelheiten in Art. 28a StGB und Art. 172 StPO ausgeführt werden.¹² Der Schutz der Medienfreiheit vor staatlichen Eingriffen wird in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung von 1999 für die Sicherung des gesellschaftlichen Informationsflusses als grundlegend bewertet.¹³ Darin erschöpfen sich die staatlichen Pflichten aber noch nicht. Sie beinhalten in gewissem Rahmen auch die Verantwortung, die Kommunikationsfreiheit der Medien vor Übergriffen Dritter zu schützen.¹⁴ Schliesslich erhält die Verankerung des Redaktionsgeheimnisses auf Verfassungsebene eine Bedeutung, welche grundsätzlich über das Strafrecht hinausgeht.¹⁵

2.3 Kein Schutz ist absolut – vom Umgang mit kollidierenden Rechtsgütern

Die soliden Rechtsgrundlagen in EMRK und Bundesverfassung bedeuten selbstverständlich keineswegs, dass daraus im schweizerischen Strafrecht für Medienschaffende ein Informanten- und Quellenschutz mit absoluter Gültigkeit abgeleitet wird. Da der Aufklärung von schweren Verbrechen in einem Rechtsstaat ebenfalls fundamentale Bedeutung zukommt, kann der Quellenschutz nicht in jedem Fall Vorrang beanspruchen.¹⁶

Vielmehr enthält der Gesetzestext in Art. 28a Abs. 2 StGB und materiell gleichlautend in Art. 172 Abs. 2 StPO einen umfangreichen Katalog von Konstellationen, in welchen nach richterlicher Interessensabwägung die Möglichkeit besteht, das Redaktionsgeheimnis zu Gunsten eines vom Gesetzgeber höherrangig eingestuftes Rechtsgutes zu durchbrechen. So soll das Spannungsverhältnis zwischen Medienfreiheit und materiellem Strafrecht unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des Grundrechtseingriffes (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) von Art. 36 BV aufgelöst werden.¹⁷ Diese komplexe Lösung ist mit der Entstehungsgeschichte von Art. 28a StGB (ursprünglich Art. 27^{bis} StGB) zu erklären.¹⁸ Ausführlich zu dieser Thematik nachstehend Punkt 5.3.1.

12 SCHMOHL, Diss., S. 106.

13 Botschaft BV, S. 159 f.

14 MÜLLER/SCHEFER, S. 475.

15 BSK StPO, Art. 172 N 6.

16 BGE 132 I 181, 187 E. 2.3.

17 SCHWARZENEGGER, S. 167.

18 CRO CP, Art. 28a N 36.

3. Historische Entwicklung

3.1 Vor 1997

Obwohl die Einführung eines Zeugnisverweigerungsrechts für Journalisten von der Lehre bereits unter der Geltung von Art. 55 aBV gefordert wurde, erteilte das Bundesgericht dieser Ansicht bis 1997 in konstanter Rechtsprechung eine Absage.¹⁹ Regelmässig ist den entsprechenden Entscheidungen die variabel verklausulierte Begründung zu entnehmen, dass die Medienfreiheit lediglich darin bestünde, dass der Staat die Presse in der Beschaffung des zur Erfüllung ihrer Aufgabe nötigen Materials nicht direkt behindern dürfe²⁰ und auch dies nur gelte, solange keine polizeilichen Güter verletzt würden.²¹

3.2 Der Kurswechsel: Goodwin vs. The United Kingdom

1996 entschied der EGMR mit elf zu sieben Stimmen, dass die Bestrafung eines Journalisten, der gegenüber den britischen Strafverfolgungsbehörden die Quelle einer vertraulichen Information gewahrt hatte, eine Verletzung von Art. 10 EMRK darstellt.²²

Der Journalist hatte für eine Fachzeitschrift die schwerwiegenden Finanzprobleme eines Unternehmens aufgedeckt und dazu auf vertrauliche Firmendokumente zurückgegriffen, welche ihm durch einen Informanten zugespielt worden sind. Gegen die Publikation der Recherchen wurde durch die Unternehmung ein richterliches Verbot erwirkt. Zusätzlich machte die Klägerin geltend, dass ihr diese Bekanntgabe schweren Schaden hätte zufügen können und pochte auf eine Offenlegung der Quelle. Die britischen Instanzen bis hin zum obersten Gerichtshof bejahten diesen Anspruch und belegten den Journalisten nach fortgesetzter Weigerung mit einer Busse. Diesem Vorgehen erteilte der EGMR eine Absage mit Signalwirkung.²³ Dabei entwickelte das Gericht den Grundsatz, dass der Quellenschutz als Eckpfeiler der Pressefreiheit anzusehen ist und Journalisten nur dann zur Aussage oder Edition von Unterlagen gezwungen werden können, wenn eine detaillierte Abwägung ergibt, dass das öffentliche oder private Interesse an deren Offenlegung das kapitale öffentliche Interesse am Quellenschutz zu übertreffen vermag.²⁴

19 SIDLER/ZACHARIAE, S. 70 f.

20 BGE 104 Ia 88, 94.

21 BGE 98 Ia 56, 63.

22 EGMR *Goodwin vs. The United Kingdom*, 17488/90 (1996).

23 RIKLIN, *medialex* 1996. S. 104.

24 SCHMOHL, *Gefahr*, S. 77.

3.3 Die Einführung des Quellenschutzes in Art. 27^{bis} StGB

Der Bundesrat hielt 1996 in seiner Botschaft zur Änderung des Medienstraf- und Verfahrensrechts erstmals fest, dass der *Entscheid Goodwin* den Schluss zulässt, dass Art. 10 der EMRK von den nationalen Rechtsordnungen tatsächlich verlangt, dass Medienschaffenden ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt wird. Daraus leitet er eine Verpflichtung ab, ebenfalls in diesem Sinne zu legislieren.²⁵ Mit Art. 27^{bis} StGB wurde das journalistische Zeugnisverweigerungsrecht 1997 schliesslich ins Strafgesetzbuch eingeführt und trat 1998 in Kraft.²⁶

3.4 Die StGB-Revision von 2007

Per 1. Januar 2007 wurde Art. 27^{bis} StGB im Rahmen der Revision des AT materiell unverändert zu Art. 28a StGB.²⁷

3.5 Die Einführung von Art. 172 StPO

Nachdem verschiedene kantonale Strafprozessordnungen zuvor bereits ausdrücklich auf Art. 28a StGB verwiesen hatten, wurde das journalistische Zeugnisverweigerungsrecht unter dem Titel «Quellenschutz der Medienschaffenden» als Art. 172 StPO auch in der neuen eidgenössischen Strafprozessordnung von 2007 garantiert. Das Editionsverweigerungsrecht wird in Art. 265 Abs. 2 lit b StPO separat geregelt.²⁸ Ansonsten entspricht die Bestimmung, welche 2011 in Kraft trat, materiell vollumfänglich der Regelung von Art. 28a StGB.²⁹ Sie ist jedoch übersichtlicher gegliedert und geschlechtsneutral formuliert. Der Erlass von Art. 172 StPO hat allerdings nicht zu einer Aufhebung von Art. 28a StGB geführt. Stattdessen hat der Gesetzgeber durch die doppelte Verankerung die fundamentale Bedeutung des Quellenschutzes zementiert.³⁰

4. Rechtsvergleichung

In den nationalen Rechtsordnungen der demokratischen Staaten gehört der Quellen- und Informantenschutz im Rahmen des Redaktionsgeheimnisses durchgehend zum anerkannten Grundrechstan-

25 Botschaft Medienstrafrecht, S. 544, 572.

26 RIKLIN, Presserecht, S. 171 ff.

27 BSK StGB, Art. 28a N 6.

28 SCHMOHL, Diss., S. 148.

29 Botschaft StPO, S. 1024.

30 BSK StPO, Art. 172 N 4.

dard. Das Zeugnisverweigerungsrecht der Medienschaffenden kennt dabei verschiedene Ausprägungsgrade und unterscheidet sich hauptsächlich in der Schwelle zu dessen Durchbrechung zwecks Aufklärung schwerer Straftaten.³¹

Während der entsprechende Katalog in der Schweiz gemäss Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB 25 Tatbestände umfasst, sieht § 31 österreichischen Mediengesetzes beispielsweise keinerlei Ausnahmen vor und bietet somit einen wesentlich weitergehenden Schutz.³² In Deutschland sind gemäss § 53 Abs. 1 Nr. 5 D-StPO auch zur Aufklärung schwerer Straftaten keine Ausnahmen zur Durchbrechung des Quellenschutzes vorgesehen. Die Einschränkung von § 53 Abs. 2 D-StPO betrifft lediglich das von Medienschaffenden selbst recherchierte Material, über welches zum Zweck der Aufklärung eines Verbrechens Aussagepflicht bestehen kann.³³ Auch in der französischen Strafprozessordnung sind in Art. 93 Abs. 2 keine konkreten Ausnahmetatbestände festgehalten. Allerdings ist die Möglichkeit einer richterlichen Interessensabwägung in gewissem Rahmen vorgesehen.³⁴ In den Vereinigten Staaten von Amerika garantiert der erste Verfassungszusatz den Journalisten zwar Pressefreiheit, aber kein unbeschränktes Recht auf Verweigerung des Zeugnisses in gerichtlichen Verfahren. In der Regel genießt das Interesse des Beschuldigten an einem fairen Verfahren in der richterlichen Abwägung Vorrang gegenüber dem journalistischen Quellenschutz.³⁵

Auch der Kreis der zum Quellenschutz berechtigten Personen ist im schweizerischen Strafrecht teilweise restriktiver ausgestaltet als in den deutschsprachigen Nachbarländern. Die in Art. 28a Abs. 1 StGB als Erfordernis genannte Beschäftigung mit Veröffentlichungen in einem periodisch erscheinenden Medium (ausführlich dazu nachstehend Punkt 5.2.2) fehlt in Österreich gänzlich und wurde in Deutschland im Jahr 2002 abgeschafft.³⁶

5. Art. 28a StGB im Besonderen

5.1 Allgemeines

Grundsätzlich ist in Fällen der richterlichen Befragung von Journalisten im Strafverfahren zunächst abzuklären, in welcher Funktion diese einvernommen werden. In Frage kommen hierbei die Rolle des Zeugen (oder Auskunftsperson) einerseits, und jene des Beschuldigten andererseits. In der für die vorliegende Arbeit relevanten Funktion des Zeugen, der seine Quelle schützen möchte, stehen

31 BSK StGB, Art. 28a N 19.

32 WERLY, Diss., S. 304.

33 BSK StGB, Art. 28a N 19.

34 WERLY, Diss., S. 288.

35 Botschaft Medienstrafrecht, S. 548.

36 BSK StGB, Art. 28a N 20.

sie wie alle Personen unter strafrechtlich sanktionierter Wahrheitspflicht gemäss Art. 307 Abs. 1 StGB.³⁷

Neben den allgemeinen Zeugnisverweigerungsrechten, wie etwa familiäre Beziehungen zum Beschuldigten gemäss Art. 168 Abs. 1 StPO, können sich Journalisten im Gegensatz zu Geistlichen, Ärzten, Rechtsanwälten etc. als Zeugen nicht auf ein Berufsgeheimnis im Sinne von Art. 321 Abs. 1 StGB und Art. 171 Abs. 1 StPO berufen. Dies hat der Gesetzgeber abgelehnt. Das journalistische Zeugnisverweigerungsrecht – und die sich daraus ergebende Entscheidung, Auskunft zu geben oder nicht – ist in Art. 28a StGB (und materiell gleichlautend Art. 172 StPO) geregelt.³⁸

Verweigert der Medienschaffende die Aussage auf Grundlage von Art. 28a StGB berechtigterweise, dann dürfen gegen ihn keine Strafen oder prozessuale Zwangsmassnahmen wie Beugebusse, Beschlagnahmung, Überwachung oder Durchsuchung verhängt werden.³⁹ In diesem Kapitel werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale für das Vorliegen dieser Konstellation detailliert analysiert.

5.2 Art. 28a Abs. 1

5.2.1 Der Medienbegriff

Der Gesetzgeber hat bei der StGB-Änderung von 1997 seine Intention deutlich gemacht, dass die neuen medienrechtlichen Sonderregelungen im schweizerischen Strafrecht entgegen der überholten traditionellen Sichtweise nicht nur die Journalisten der gedruckten Presse privilegieren sollen. Stattdessen gedachte er, ihnen auch die Mitarbeiter von Fernsehen, Radio und weiteren modernen Kommunikationskanälen zu unterstellen, welche zur Verbreitung von medialen Inhalten geeignet sind.⁴⁰

Dementsprechend wird auch in Art. 28a Abs. 1 StGB die unscharfe Bezeichnung der Befassung mit Veröffentlichungen in einem «Medium» verwendet, welche aufgrund der Ermangelung einer Legaldefinition und ihrer Mehrdeutigkeit einige Fragen aufwirft. Es lässt sich nur schwierig festlegen, welche konkreten Kommunikationskanäle neben den herkömmlichen Massenmedien ebenfalls unter diesen Sammelbegriff fallen und ob allenfalls eine gewisse Grenze gezogen werden muss.⁴¹

Zweifellos überholt ist in Zeiten von Online-Newsportalen und elektronischen Newslettern die vormalige, auf Druckerzeugnisse bezogene Rechtssprechung des Bundesgerichts, welche als Definitionsmerkmal auf die Möglichkeit abstellte, mit mechanischen Hilfsmitteln und geringem Aufwand

37 RIKLIN, *medialex* 1999, S. 156.

38 SIDLER/ZACHARIAE, S. 76 f.

39 Botschaft Medienstrafrecht, S. 562.

40 CRO CP, Art. 28 N 14.

41 BSK StGB, Art. 28 N 41.

eine grosse Zahl von Exemplaren anzufertigen.⁴²

Zu präferieren ist stattdessen das weitestmögliche Begriffsverständnis, welches schlicht die Gesamtheit aller zur Kommunikation einsetzbaren Mittel einschliesst.⁴³ Diese Ansicht lässt sich auch auf die bundesrätliche Botschaft über die Änderung des Medienstraf- und Verfahrensrechts stützen, welche bereits 1996 unter anderem Teletext, CD-Rom und E-Mail unter den Begriff der «neuen Medien» subsumiert hat.⁴⁴

Im Gegensatz zu Sachverhalten, bei denen eine Tat durch Veröffentlichung in einem Medium begangen und nach Art. 28 StGB beurteilt wird, spielt der Medienbegriff in Fragen des Quellenschutzes aber ohnehin meistens nur eine geringe Rolle. In Fällen, bei denen seine Erfüllung diskutabel erscheint (z.B. Weitergabe von Nachrichten in Form von USB-Sticks), scheidet die Unterstellung unter Art. 28a StGB regelmässig am Erfordernis der Periodizität⁴⁵, welches nachstehend in Punkt 5.2.2 ausführlich behandelt wird.

5.2.2 Die periodische Publikation

Der Informanten- und Quellenschutz von Art. 28a StGB wird in Abs. 1 auf Mitarbeiter periodisch erscheinender Publikationen beschränkt. Dies mit dem Argument, dass die in Punkt 2.1 behandelte Diskurs- und Kontrollfunktion innerhalb der demokratischen Ordnung in erster Linie von solch etablierten Medien wahrgenommen wird.⁴⁶ Bei traditionellen Tages- und Wochenzeitungen, Monatsmagazinen und regelmässig ausgestrahlten Sendegefässen in Radio und Fernsehen ist die Periodizität zweifellos gegeben. In Bezug auf Medienpublikationen, welche in grösseren oder gar unregelmässigen Abständen erscheinen, bedarf die offene Formulierung des Gesetzestextes allerdings einer näheren Betrachtung.

Grundsätzlich lässt sich sicher festhalten, dass ein periodisch erscheinendes Medium einen fortgesetzten Kontakt zum Publikum pflegen und die Absicht verfolgen muss, sich innerhalb eines gewissen Zeitabstandes mit neuen, in sich abgeschlossenen Inhalten an dasselbe zu wenden.⁴⁷

Die Lehre geht bei der Benennung des maximal möglichen Zeitfensters zwischen zwei periodischen Publikationen überwiegend von kürzeren Abständen bis zu einem Vierteljahr aus und gewährt einige Ausnahmen. So etwa für Jahrbücher, deren Erscheinen unter gleichbleibender Organisation und

42 BGE 128 IV 53, 65 E. 5c.

43 SCHWARZENEGGER, S. 173.

44 Botschaft Medienstrafrecht, S. 527.

45 BSK StGB, Art. 28a N 29.

46 Botschaft Medienstrafrecht, S. 554.

47 BSK StGB, Art. 28a N 31.

Gestaltung langfristig angelegt ist. Ausgeschlossen werden hingegen jährlich erscheinende Medienprodukte wie Fasnachtszeitungen, welche aufgrund eines speziellen Anlasses produziert und in der Regel bei jeder Ausgabe inhaltlich und organisatorisch neu konzipiert werden.⁴⁸ Im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass die Prüfung der Periodizität umso genauer durchzuführen ist, je langsamer der Erscheinungsrhythmus des Mediums ausfällt. Dies um sicherzustellen, dass es sich nicht um eine Abfolge von reinen Einzelpublikationen handelt.⁴⁹

Zu beachten ist weiter, dass die fraglichen Erscheinungszeiträume nicht gleichbleibend sein müssen. Auch bei variierenden Zeitabständen zwischen den Publikationen kann die Periodizität bejaht werden, wenn eine gewisse Konstanz innerhalb des Gesamtrhythmus den Schluss zulässt, dass es sich um eine zusammenhängende Serie von Publikationen handelt.⁵⁰ In der Praxis gewinnt diese Variante vor allem durch Online-Newsportale rasant an Bedeutung. Die Arbeitsabläufe in diesen Redaktionen sind in der Regel so organisiert, dass neue Inhalte rund um die Uhr sofort oder zeitnah nach deren Fertigstellung aufgeschaltet werden. Somit besteht keine durch Redaktions- oder Druckschluss determinierte Periodizität in starrer Form mehr, sondern jene ergibt sich variabel durch die realen Arbeitsabläufe der Medienschaffenden.

Auch bei anderen internetbasierten Formaten wie Weblogs und Diskussionsforen ist grundsätzlich von periodischen Publikationen auszugehen, sofern darin innerhalb einer gewissen Zeitfolge neue und substantielle Inhalte veröffentlicht werden.⁵¹

Das Tatbestandsmerkmal der Periodizität war während der Entstehung der gesetzlichen Sonderregelung zum Informanten- und Quellenschutz nicht unumstritten. Nachdem die Expertenkommission «Mediengesamtkektion» in ihrem Entwurf davon abgesehen hatte, sprach sich der Bundesrat mit dem Argument dafür aus, dass ein Verzicht zu einer «uferlosen und kaum praktikablen Lösung» führen würde.⁵² Angesichts der soeben ausgeführten voranschreitenden Aufweichung des Periodizitätsprinzips im Bereich der Online-Medien und der Tatsache, dass verschiedene ausländische Gesetzesordnungen (ausführlich dazu Punkt 4) ohne eine vergleichbare Einschränkung funktionieren, scheint diese Betrachtungsweise m.E. mittlerweile überholt zu sein.

Zudem hat die Erfordernis der Periodizität den Nebeneffekt, dass Journalisten, welche ihre Arbeit in Form eines einmalig erscheinenden Medienprodukts wie einem Dokumentarfilm, einem Enthüllungs- oder Sachbuch publizieren, sich nicht auf den Quellenschutz von Art. 28a StGB berufen

48 PKO StGB, Art. 28a N2.

49 Botschaft Medienstrafrecht, S. 554.

50 CRO CP, Art. 28a N 23.

51 BGE 136 IV 145, 150 E. 3.3.

52 Botschaft Medienstrafrecht, S. 527.

können. Dieser Umstand stösst bei der h.L. auf wenig Verständnis, da derartige Publikationen zweifellos auch zur gesellschaftlichen Aufklärung und Meinungsbildung beitragen können. Zu diesem Zweck sind die Macher unter Umständen ebenso auf schützenswerte Informanten angewiesen wie Zeitungsjournalisten und andere Mitarbeiter regulärer periodischer Medien.⁵³

Unter Berücksichtigung dieses Blickwinkels lassen sich nicht nur die Gründe für eine Ungleichbehandlung schwerlich nachvollziehen. Auch die Unmöglichkeit der verfassungskonformen Auslegung des klaren Wortlauts von Art. 28a Abs. 1 erscheint in solchen Fällen problematisch. Schliesslich sieht das Redaktionsgeheimnis von Art. 17 Abs. 3 BV, dessen Kerngehalt das journalistische Zeugnisverweigerungsrecht darstellt, keine Beschränkung der Garantie auf periodische Medien vor.⁵⁴ Weiter widerspricht Art. 28a Abs. 1 StGB in dieser Hinsicht auch Art. 10 EMRK. Der EGMR hat 1991 klar festgehalten, dass der Quellenschutz auch für ein einmalig erscheinendes Buch zu gelten habe.⁵⁵

Zusammenfassend ist zum Tatbestandsmerkmal der periodischen Publikation zu sagen, dass dieses einige Fallstricke birgt, welche m.E. das Überwiegen seines 1997 vom Bundesrat propagierten praktischen Nutzens im Licht der aktuellen Entwicklungen fraglich erscheinen lassen. Dass die Unvereinbarkeit des klaren Wortlauts von Art. 28a Abs. 1 StGB mit Art. 17 Abs. 3 BV und Art. 10 EMRK noch keine grössere Aufmerksamkeit erlangt hat, dürfte auch dem hiesigen journalistischen Klima geschuldet sein, in welchem Enthüllungsbücher und investigative Dokumentarfilme (noch) keine derart prägnante Rolle spielen, wie sie es in anderen Ländern tun.

5.2.3 Die Beschränkung auf Informationen und die Ausklammerung reiner Unterhaltung

Durch die Restriktion auf jene Tätigkeiten, welche sich auf die Vermittlung von Informationen beziehen, wird der Quellenschutz in Art. 28a Abs. 1 StGB weiter eingegrenzt. Unter dem Begriff der Information sind nach dem Willen des Gesetzgebers Tatsachenbehauptungen und objektive Werturteile aus sämtlichen Lebensbereichen zu verstehen. Neben gesellschaftlich fundamentalen Themenfacetten wie Politik oder Wirtschaft sind somit auch solche kultureller, religiöser oder sportlicher Natur eingeschlossen. Ausgenommen bleibt laut Gesetzeswortlaut hingegen das gesamte Gebiet der Unterhaltung.⁵⁶

Die Intention hinter dieser Ausklammerung besteht in der Überlegung, dass es nicht angemessen

⁵³ WERLY, Diss., S. 214 f.

⁵⁴ SIDLER/ZACHARIAE, S. 80.

⁵⁵ EGMR *Observer & Guardian vs. The United Kingdom*, 13585/88 (1991).

⁵⁶ Botschaft Medienstrafrecht, S. 555.

sei, die Strafverfolgung für blosse Unterhaltungszwecke zu erschweren. Da das Redaktionsgeheimnis seinen Sinn in der Garantie der bedeutenden Diskurs- und Kontrollfunktion der Medien innerhalb der demokratischen Ordnung hat, könne es in einem solch profanen Kontext ohne Bezug zur Informationsfreiheit keine Wirkung entfalten.⁵⁷

Während die Lehre diese Auffassung überwiegend teilt, so sieht sie dadurch doch ein zentrales Anliegen der detaillierten gesetzlichen Ausgestaltung des Quellenschutzes gefährdet: Jenes der Rechtssicherheit. Besonders die zunehmende Verbreitung sogenannter medialer «Mischformate» wie *Infotainment* und *Dokufiction* stellt in dieser Beziehung eine erhebliche Herausforderung dar. Die Grenzen zwischen den journalistischen Stilformen werden hierbei oft bis zur Unkenntlichkeit verwischt, so dass bei der Einordnung des Endprodukts in die starren Kategorien «Information» und «Unterhaltung» regelmässig von Abgrenzungsproblemen auszugehen ist.⁵⁸

In solchen Fällen hinge die Zuordnung letztlich von einer behördlichen Entscheidung darüber ab, ob der Schwerpunkt eines Beitrags nun aus den unterhaltenden oder den informativen Elementen bestehe.⁵⁹ Somit könnten die Medienschaffenden während ihres Arbeitsprozesses im Umgang mit auf Anonymität bedachten Informanten letztlich nur darauf hoffen, dass ihnen das Recht zum Quellenschutz nachträglich auch wirklich gewährt wird.

Das Bundesgericht hat sich im Umgang mit dieser Problematik seit 2010 für eine weite Auslegung des Informationsbegriffs entschieden. Daher grenzt es den Bereich der reinen Unterhaltung, welcher nicht unter Art. 28a Abs. 1 zu subsumieren ist, mittlerweile sehr restriktiv ab. Dieser beinhaltet nach seiner aktuellen Auffassung ausschliesslich jene Beiträge, welchen von vornherein jegliche Botschaft abgeht. Gemeint sind hierbei nicht nur seriöse Botschaften, sondern ebenfalls weniger ernsthafte Beiträge, persönliche Stellungnahmen, Belanglosigkeiten, Plaudereien und Klatsch, welche somit ebenfalls als Informationen zu behandeln sind. Zudem wird es als unerheblich betrachtet, ob die fraglichen Inhalte von allgemeinem öffentlichen Interesse sind und auch tatsächlich der Wahrheit entsprechen.⁶⁰ Dem Tatbestandsmerkmal der Information kommt somit in der neueren Rechtsprechung zu Fragen des Informanten- und Quellenschutzes nur noch selten eine Ausschlussfunktion zu.

57 BGE 136 IV 145, 151 E. 3.5.

58 BSK StGB, Art. 28a N 37, 38.

59 CRO CP, Art. 28a N 20.

60 BGE 136 IV 145, 151 E. 3.5.

5.2.4 Die Beschränkung auf den redaktionellen Teil und die Ausklammerung des Anzeigenteils

Ebenfalls durch Art. 28a Abs. 1 StGB vom Redaktionsgeheimnis ausgenommen sind Informationen, welche im Anzeigenteil oder in Werbeblöcken von Medien publiziert werden. Der Informanten- und Quellenschutz beschränkt sich somit auf die Beschäftigung mit Veröffentlichungen im redaktionellen Teil. Diese Restriktion basiert auf der Einschätzung des Gesetzgebers, dass die Platzierung von Werbeinhalten gegen Entgelt regelmässig nicht der Diskurs- und Kontrollfunktion der Medien innerhalb der demokratischen Ordnung diene, sondern fast ausschliesslich den partikulären Interessen der Auftraggeber. Daher könne eine Gewährleistung des Quellenschutzes im Zusammenhang mit derartigen Inhalten nicht gerechtfertigt werden.⁶¹

Diese kategorische Ausklammerung aufgrund formeller Kriterien wird in der Lehre kontrovers diskutiert. Vor allem der Einwand, dass die fraglichen Werbegefässe nicht ausschliesslich zur Vermittlung von kommerzieller Kommunikation genutzt werden können, ist m.E. durchaus stichhaltig. So haben beispielsweise politische Inserate, welche regelmässig in grossem Volumen geschaltet werden, letztlich eindeutig meinungsbildende Funktion mit demokratischem Hintergrund.⁶²

In der Botschaft zur Änderung des Medienstraf- und Verfahrensrechts hat der Bundesrat diese Möglichkeit dann auch eingeräumt, sich aber aufgrund von Praktikabilitätsgründen dafür ausgesprochen, an der strikten Unterscheidung zwischen redaktionellem und Anzeigenteil ohne weitere inhaltliche Prüfung festzuhalten.⁶³ Verschiedene Autoren würdigen diese Lösung kritisch und plädieren mit Hinweis auf die grundrechtliche Garantie von Art. 17 Abs. 3 BV dafür, dass auch bezahlte Beiträge in Anzeigenteilen oder Werbeblöcken dem Schutz des Redaktionsgeheimnisses unterstehen können, sofern sie einen ideellen Gehalt aufweisen.⁶⁴ Andere attestieren Art. 28a Abs. 1 StGB in dieser Hinsicht aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts «im redaktionellen Teil» eine Unmöglichkeit verfassungskonformer Auslegung und eine Unvereinbarkeit mit Art. 10 EMRK.⁶⁵

Weitergehend stellt sich bezüglich der Abgrenzung des redaktionellen Teils die Frage, welche weiteren Teilbereiche des Mediums ihm neben den von der Redaktion verfassten regulären Inhalten ebenfalls zuzuschreiben sind. Zu bejahen ist dies für Leserbriefseiten in Printmedien und Kommentarspalten in Online-Publikationen. Nicht aber für PR-Artikel, da sich diese inhaltlich dem Verantwortungsbereich der Redaktion entziehen und gegen Bezahlung Werbebotschaften externer Organisa-

61 Botschaft Medienstrafrecht, S. 555.

62 BSK StGB, Art. 28a N 36.

63 Botschaft Medienstrafrecht, S. 556.

64 MÜLLER/SHEFER, S. 372 f.

65 SIDLER/ZACHARIAE, S. 81 f.

tionen transportieren. Die Aufmachung eines redaktionellen Inhalts haben solche Inhalte lediglich aus Gründen der besseren Akzeptanz beim Publikum. Somit sind sie der Werbung gleichzusetzen.⁶⁶

Schwieriger und bisher in der Lehre nicht diskutiert ist die Unterscheidung bei den sogenannten *Native Ads*, einem neuartigen Format, welches sich im Bereich der Online-Newsportale zunehmender Bedeutung erfreut. Dabei handelt es sich um eigenständige journalistische Inhalte, welche erst durch das finanzielle Engagement eines Werbekunden ermöglicht werden.⁶⁷ In der Theorie gibt der Auftraggeber hierbei lediglich einen thematischen Rahmen vor, in dessen Umfeld er seine Werbebotschaft platzieren möchte. Die Redaktion setzt den entsprechenden Artikel anschliessend in Eigenregie nach journalistischen Standards um. Im Idealfall ist der ausführende Medienschaffende in diesem Prozess nicht einmal darüber informiert, welcher Kunde den Auftrag erteilt hat. So soll ein unabhängiges journalistisches Produkt entstehen, das erst in einem letzten Schritt mit jenen Werbeelementen angereichert wird, welche die Botschaft des Kunden transportieren.

Ausgehend von diesem Idealbild drängt sich für die *Native Ads* eine Gleichbehandlung mit klassischen Sponsorings von Radio- und Fernsehsendungen auf. Für diese Formate ist der Informanten- und Quellenschutz unter Vorbehalt der vollen redaktionellen Freiheit vollumfänglich zu gewähren.⁶⁸ Bei näherer Betrachtung ergeben sich allerdings erhebliche Hürden für einen solchen Analogieschluss. So rufen die Werbeelemente der *Native Ads* etwa regelmässig direkt zum Abschluss von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen des Werbekunden auf.⁶⁹ Eine Praxis, welche gemäss Art. 12 Abs. 3 RTVG bei gesponserten Radio- und Fernsehsendungen verboten ist.

Zudem bleibt die strikte Trennung zwischen kommerzieller Motivation und journalistischer Umsetzung der *Native Ads* m.E. oftmals eine unrealisierbare Wunschvorstellung. Regelmässig sickert der Name und die Botschaft des Auftraggebers in der Praxis doch zu jenen Medienschaffenden durch, welche die redaktionelle Arbeit umsetzen sollen. Somit besteht die Gefahr einer wirtschaftlich motivierten Beeinflussung. Es ist naheliegend, dass kein Werbekunde einen vier- bis fünfstelligen Betrag in ein journalistisches Produkt investieren möchte, dessen Inhalt er nicht goutiert. Da der Kunde das Endprodukt letztlich auch absegnet, obliegt ihm sozusagen die finale inhaltliche Gestaltungshoheit. Von einer Wahrung der vollen redaktionellen Freiheit kann unter diesen Umständen nicht mehr die Rede sein. Das Format der *Native Ads* müsste somit aus strafrechtlicher Sicht – entgegen den Beteuerungen der anbietenden Medienhäuser – als Gefäss für PR-Artikel klassifiziert werden und ist vom Informanten- und Quellenschutz auszuschliessen.

66 BSK StGB, Art. 28a N 35.

67 Vgl. <http://www.watson.ch/!172817829>, (zuletzt besucht am 2. Mai 2015).

68 Botschaft Medienstrafrecht, S. 556.

69 Vgl. Infobox am Ende des Artikels unter <http://www.watson.ch/!957376000>, (zuletzt besucht am 2. Mai 2015).

5.2.5 Die berufliche Tätigkeit

Um den von Laien betriebenen Gelegenheitsjournalismus vom Informanten- und Quellenschutz auszuklammern, schränkt Art. 28a Abs. 1 StGB das Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht im Strafverfahren auf jene Personen ein, welche sich beruflich mit medialen Veröffentlichungen beschäftigen. Vom Merkmal der Berufsmässigkeit werden dabei nicht nur haupt- sondern auch bereits nebenberufliche Tätigkeiten erfasst.⁷⁰ Die Mitgliedschaft in einer Berufsorganisation oder der Eintrag in einem Berufsregister sind nicht erforderlich, da der Journalismus in der Schweiz keine solchen Zugangsschwellen kennt. Gefordert ist hingegen eine kontinuierlich ausgeübte publizistische Tätigkeit, welche mit einer gewissen Ernsthaftigkeit sowie quantitativer und qualitativer Intensität betrieben wird.⁷¹

Somit sind Leserbriefschreiber und Leserjournalisten vom Schutzbereich ausgenommen, freie Mitarbeiter mit regelmässigen Aufträgen und Korrespondenten hingegen nicht. Auch den Redaktoren von Studentenzeitungen und Vereinsblättern wird ein Zeugnisverweigerungsrecht nach Art. 28a StGB eingeräumt, sofern der Adressatenkreis ihres Mediums nicht gänzlich unbedeutend ist. Gerade bei derartigen Publikationen mit ideeller Ausrichtung ist regelmässig der Umstand zu beachten, dass die berufliche Tätigkeit nicht zwingend entschädigt werden muss, sondern auch unentgeltlich erfolgen kann.⁷²

Die berufliche Qualifikation von Blog-Betreibern ist in der Lehre umstritten. Während einige Autoren diese Tätigkeit mit jener von Teilnehmern in Diskussionsforen gleichsetzen und ihr keinen professionellen Charakter zubilligen,⁷³ verweisen andere auf die Umstände, dass einzelne Blogs zunehmend nach publizistischen Anforderungen erstellt werden und auch eine gewisse Breitenwirkung erzielen. Somit können sie durchaus einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung leisten. Gerade mit Blick auf die USA, wo bereits ca. eine halbe Million Blogger ihre Tätigkeit hauptberuflich ausüben, kann solchen Angeboten ein gewisses wirtschaftliches Potenzial und journalistische Relevanz nicht abgesprochen werden.⁷⁴ Zudem werden Blog-Angebote, welche ein bereits bestehendes Medienangebot komplementieren, vom Bundesgericht bereits unter Art. 28a StGB subsumiert.⁷⁵

Abschliessend bleibt festzuhalten, dass das Tatbestandsmerkmal der beruflichen Beschäftigung mit medialen Veröffentlichungen nicht nur von Journalisten erfüllt wird, sondern auch von all jenen Be-

70 RIKLIN, AT I, S. 299.

71 BSK StGB, Art. 28a N 41.

72 SCHMOHL, Diss., S. 183.

73 CRO CP, Art. 28a N 17.

74 SCHMOHL, Diss., S. 185.

75 BGE 136 IV 145, 150 E. 3.3.

rufsleuten und Hilfspersonen, welche im technischen oder administrativen Bereich an der Entstehung oder Verbreitung eines Mediums beteiligt sind. Somit erfüllen auch Drucker, Kameralleute, Sekretariatspersonal etc. die Voraussetzung der Berufsmässigkeit und können sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht nach Art. 28a StGB berufen. Durch diese Ausdehnung soll verhindert werden, dass sich der Quellenschutz im Strafverfahren durch die Befragung von Personen aus dem beruflichen Umfeld der Journalisten aushebeln lässt.⁷⁶

5.3 Art. 28a Abs. 2 StGB

5.3.1 Die Entstehungsgeschichte des Ausnahmekatalogs

Art. 28a Abs. 2 StGB umreisst einen umfangreichen Katalog von Konstellationen, in welchen die Möglichkeit besteht, den Informanten- und Quellenschutz zugunsten eines vom Gesetzgeber höher gewichteten Rechtsguts einzuschränken. Diese komplexe Formulierung ist das Resultat der turbulenten Entstehungsgeschichte des journalistischen Zeugnisverweigerungsrechts.⁷⁷

Denn während ein entsprechender Handlungsbedarf nach dem EGMR-Entscheid *Goodwin vs. The United Kingdom* (siehe obenstehend Punkt 3.2) vom Gesetzgeber überwiegend anerkannt wurde, traten bei der Frage nach der Ausgestaltung erhebliche Differenzen auf. Nach Berücksichtigung der Vernehmlassung votierte der Bundesrat ursprünglich gegen eine konkrete gesetzliche Umschreibung der Fälle erlaubter Zeugnisverweigerung und gab stattdessen der Adaptierung des sogenannten «Schaffhauser Modells» den Vorzug. Dieses sieht für jeden Einzelfall eine freie richterliche Interessensabwägung innerhalb lockerer Leitplanken vor.⁷⁸

Nachdem der Nationalrat diesen Vorschlag gutgeheissen hatte, wurde er vom Ständerat abgelehnt.⁷⁹ Die Gegenstimmen in der Debatte wiesen hauptsächlich auf praktische Probleme hin. So wäre es für Medienschaffende unter Geltung des «Schaffhauser Modells» etwa gänzlich unmöglich gewesen, ihren Informanten vorbehaltlose Verschwiegenheit zuzusichern. Schliesslich hätten sie jederzeit mit der Möglichkeit rechnen müssen, dass ein Gericht nachträglich zu ihren Ungunsten entscheiden könnte. Ebenfalls geäussert wurde die Befürchtung, die Richter könnten die Abwägung aus Gründen der beruflichen Nähe und einer persönlichen medienkritischen Haltung regelmässig im Sinne der Strafverfolgungsbehörden ausfallen lassen.⁸⁰

76 WERLY, Diss., S. 211.

77 BSK StGB, Art. 28a N 52.

78 Botschaft Medienstrafrecht, S. 553.

79 SIDLER/ZACHARIAE, S. 82.

80 SCHMOHL, Diss., S. 204.

Zugunsten der Rechtssicherheit wurde das Prinzip der Interessensabwägung im Differenzbereinigungsverfahren der beiden Räte schliesslich durch ein generell bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht der Journalisten ersetzt. Gleichzeitig normierte das Parlament den detaillierten Ausnahmekatalog mit denjenigen Tatbeständen, welche eine Durchbrechung des Quellenschutzes ermöglichen.⁸¹ Auch dieser ist das Resultat einer hitzigen Debatte. So sollte die Liste der schweren Delikte, bei welchen die Interessen der Strafverfolgung vorgehen können, von zunächst zehn auf zwischenzeitlich über 70 Straftaten erweitert werden. Letztlich wurde sie im Sinne einer ausgewogenen Lösung wieder auf 21 Tatbestände reduziert und seither wiederum auf 25 erweitert.⁸²

5.3.2 Rettung aus unmittelbarer Gefahr (lit. a)

Die Schranke von Art. 28a Abs. 2 lit. a StGB regelt die Durchbrechung des Quellenschutzes im Falle einer extremen Notsituation, in welcher das journalistische Zeugnis erforderlich ist, um die unmittelbare Gefahr für Leib und Leben eines Menschen abzuwenden. Durch die Seltenheit derart drastischer Ausnahmekonstellationen ist diese in der Praxis nur unregelmässig von Relevanz. Eine entsprechende Situation wäre z.B. im Rahmen einer Geiselnahme denkbar, in deren Verlauf der Täter sein Opfer mit dem Tode bedroht und der Journalist über Informationen zum Aufenthaltsort verfügt, welche eine Rettung ermöglichen.⁸³ Die Regelung dient also nicht primär der Strafverfolgung, sondern der Gefahrenabwehr und somit polizeilichen Zwecken.⁸⁴

Der Gesetzeswortlaut «Gefahr für Leib und Leben» lässt die naheliegende Interpretation zu, dass darunter schlicht die Straftatbestände der Art. 111-136 StGB (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben) zu subsumieren sind. Dies ist gleich in zweifacher Hinsicht falsch. Einerseits erfüllen nicht alle der genannten Straftatbestände die Bedingung der Unmittelbarkeit der Gefahr. Bei Gewaltdarstellungen durch Ton- oder Bildaufnahmen gemäss Art. 135 StGB ist die Gefahr für Leib und Leben z.B. bereits vorgängig verwirklicht worden. Andererseits kann sie auch bei weiteren Straftatbeständen ausserhalb des Katalogs von Art. 111-136 StGB unmittelbar gegeben sein. Denkbar sind hier z.B. Geiselnahme nach Art. 185 Abs. 2 StGB oder Finanzierung des Terrorismus nach Art. 260^{quinquies} StGB.⁸⁵

Die geforderte Unmittelbarkeit ist somit in all jenen Fällen zu bejahen, in welchen sich die Gefahr für Leib und Leben eines Menschen konkret abzeichnet und sich in einer absehbaren Zeitspanne zu

81 SIDLER/ZACHARIAE, S. 82 f.

82 BSK StPO, Art. 172 N 32.

83 Botschaft Medienstrafrecht, S. 560.

84 PKO StPO, Art. 172 N 8.

85 CRO CP, Art. 28a N 40.

verwirklichen droht. Gefordert ist somit ein Zustand, aufgrund dessen nach gewöhnlichem Lauf der Dinge die Wahrscheinlichkeit der Verletzung des geschützten Rechtsguts besteht.⁸⁶ Eine blosser Möglichkeit mit völlig unbestimmtem Realisierungszeitpunkt ist hingegen nicht ausreichend.⁸⁷ Eine Anlehnung an den Unmittelbarkeitsbegriff der Notwehr gemäss Art. 15 StGB wird in der Lehre als praktikabel erachtet.⁸⁸

Schliesslich muss die Durchbrechung des Quellenschutzes nach Art. 28a Abs. 2 lit. a StGB auch noch geeignet und erforderlich sein, um die Gefahr abzuwehren. Für ein Vorliegen der Eignung muss das Zeugnis des Journalisten mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einer Rettung führen. Die Erforderlichkeit ist dann gegeben, wenn sich die Abwehr der Gefahr für Leib und Leben eines Menschen nicht mit vertretbarem Aufwand durch andere Mittel bewerkstelligen lässt.⁸⁹

5.3.3 Aufklärung schwerer Delikte (lit. b)

5.3.3.1 Der Straftatenkatalog und seine Kriterien

Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB enthält die abschliessende Aufzählung der 25 schweren Straftatbestände, welche die Durchbrechung des Informanten- und Quellenschutzes zugunsten der Interessen der Strafverfolgung rechtfertigen können. Dazu gehören die Tötungsdelikte im Sinne der Art. 111-113 StGB (vorsätzliche Tötung, Mord, Totschlag), alle Verbrechen, die mit mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind, dazu weitere Straftatbestände wie sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB), sexuelle Nötigung, Vergewaltigung und Schändung (Art. 189-191 StGB), harte Pornografie (Art. 197 Abs. 3 StGB), kriminelle Organisation (Art. 260^{ter} StGB), Finanzierung des Terrorismus (Art. 260^{quinquies} StGB), Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB), mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 305^{ter} StGB), die Bestechungsdelikte (Art. 322^{ter}-322^{septies} StGB), sowie die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Abs. 2 BetmG).

Zu beachten ist jedoch, dass das mutmassliche Vorliegen eines Katalogdelikts nicht automatisch zur Aufhebung des Zeugnis- und Editionsverweigerungsrechts der Medienschaffenden führt. Vielmehr sind hierfür weitere Kriterien zu erfüllen, welche einer richterlichen Beurteilung unterstehen.⁹⁰

Das Erfordernis eines dringenden Tatverdachts trägt dem Umstand Rechnung, dass zum Zeitpunkt der geforderten Zeugenaussage noch nicht immer klar feststeht, ob die Straftat tatsächlich unter den

86 SCHMOHL, Diss., S. 206.

87 Botschaft Medienstrafrecht, S. 560.

88 WERLY, Diss., S. 234.

89 BSK StGB, Art. 28a N 54.

90 PKO StGB, Art. 28a N 7.

Ausnahmekatalog subsumiert werden kann. Somit ist in gewissem Masse ein Vorgriff des Richters auf das spätere Urteil nötig.⁹¹ Dies birgt für die Strafverfolgungsbehörden die Gefahr einer Versuchung, die Untersuchung zum expliziten Zweck der Durchbrechung des Informanten- und Quellenschutzes auf einen der relevanten Tatbestände von Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB auszudehnen. Um dieser Möglichkeit entgegenzuwirken, ist zum Schutz der Medienfreiheit nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der dringende Tatverdacht als Nachweis einer erheblichen Wahrscheinlichkeit verlangt, dass eines der betreffenden Delikte tatsächlich verwirklicht worden ist.⁹²

Weiter setzt der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit voraus, dass ein derart schwerwiegender Eingriff in ein Freiheitsrecht, wie ihn die Durchbrechung des Informanten- und Quellenschutzes darstellt, zur Erreichung des Ziels überhaupt erforderlich, geeignet und zudem auch zumutbar ist.⁹³

Das Kriterium der Erforderlichkeit gebietet hierbei, dass das Zeugnis zur Aufklärung der Tat oder zur Ergreifung des Beschuldigten geradezu unentbehrlich ist. Das Grundrecht der Medienfreiheit darf somit nur eingeschränkt werden, sofern dem Staat kein milderer Mittel zur Verfügung steht, welches dazu ähnlich geeignet ist. Dies ist z.B. nicht der Fall, wenn noch nicht alle anderen wichtigen Zeugen befragt wurden und somit nicht sämtliche tauglichen Beweismittel ausgeschöpft sind.⁹⁴

Das Kriterium der Eignung setzt mindestens eine begründete Erwartung voraus, dass das geforderte journalistische Zeugnis einen unmittelbaren Beitrag zur Aufklärung der Straftat leisten kann oder eine für die Ergreifung des Täters nötige Abklärung erlaubt.⁹⁵ Nicht gegeben ist dies, wenn die Aussage nicht die Kernfrage des Delikts, sondern nur Nebenaspekte oder Hintergründe betrifft. So darf z.B. im Falle einer erwiesenen vorsätzlichen Tötung jener Journalist im Strafprozess nicht zur Aussage verpflichtet werden, der kurz vor der Tat noch mit dem später überführten Täter gesprochen hat und somit über Informationen zu dessen Motiv verfügen könnte. Dies gilt auch dann, wenn sein Zeugnis für die Qualifikation der Tat im Strafprozess oder die Strafzumessung bedeutend wäre.⁹⁶

Das Kriterium der Zumutbarkeit betrifft schliesslich all jene Fälle, bei welchen Erforderlichkeit und Eignung der Durchbrechung des Informanten- und Quellenschutzes zur Aufklärung eines Katalogdelikts gemäss Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB gegeben sind. Auch diese Konstellation vermag den Eingriff in die Medienfreiheit noch nicht zwingend zu rechtfertigen. Stattdessen hat das Gericht die Strafverfolgungsinteressen und das Recht der Journalisten auf Geheimhaltung (und somit indirekt

91 Botschaft Medienstrafrecht, S. 561.

92 BGE 132 I 181, 191 E. 4.1.

93 MÜLLER/SCHEFER, S. 474.

94 BSK StGB, Art. 28a N 65.

95 BGE 132 I 181, 191 E. 4.2.

96 RIKLIN, medialex 1999, S. 158.

auch jenes der Gesellschaft auf freien Informationsfluss) gegeneinander abzuwägen. Zu berücksichtigen sind hierbei insbesondere die Wichtigkeit der durch den Journalisten enthüllten Informationen für die Allgemeinheit, der Unrechtsgehalt der Straftat, der bisherige Untersuchungsstand und eine allfällige konkrete Gefährdung, wie sie z.B. von einem flüchtigen Serientäter ausgehen kann. Nur wenn die richterliche Abwägung ergibt, dass die Strafverfolgungsinteressen bei Vorliegen eines Katalogdelikts jene des Medienschaffenden überwiegen, ist die Aufhebung des Zeugnis- und Editionsverweigerungsrechts zumutbar und in Kombination mit Erforderlichkeit und Eignung somit auch verhältnismässig.⁹⁷

5.3.3.2 Kritik am Straftatenkatalog

Der Gesetzgeber hat sich aus Überlegungen der Rechtssicherheit für die Ausgestaltungsvariante des abschliessenden Katalogs von Straftaten entschieden, welche die Einschränkung des Quellenschutzes rechtfertigen können. (Ausführlich zur Entstehungsgeschichte obenstehend Punkt 5.3.1)

In der Literatur wird diese pragmatische aber schwerfällige Kompromisslösung durchwegs kritisch diskutiert. Beanstandet wird etwa die mangelnde Deckung von Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB mit anderen gesetzlichen Deliktskatalogen, etwa demjenigen zur zulässigen Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs von Art. 269 Abs. 2 StPO.⁹⁸

Zudem wird auch die zufällig anmutende Auswahl der Ausnahmetatbestände bemängelt, welche den Eindruck einer durchdachten Systematik vermissen lässt. So stösst z.B. der Umstand auf Unverständnis, dass Gewaltdarstellungen nach Art. 135 StGB keine Katalogstraftat sind, während dies für das vergleichbare Delikt der harten Pornografie nach Art. 197 Abs. 3 StGB wiederum gilt.⁹⁹

Auch das Bundesgericht hat sich bereits kritisch über das Fehlen von Straftatbeständen zum Schutz der Eidgenossenschaft geäussert. Namentlich in Fällen des diplomatischen Landesverrats gemäss Art. 267 StGB und der Verletzung militärischer Geheimnisse gemäss Art. 329 StGB steht es der Unmöglichkeit einer Durchbrechung des Informanten- und Quellenschutzes kritisch gegenüber.¹⁰⁰

Zugleich erscheint umgekehrt die erfolgte Aufnahme mehrerer Tatbestände in den Ausnahmekatalog fragwürdig, welche gerade jene Bereiche betreffen, in welchen Journalisten zur Aufdeckung stossender Missstände regelmässig auf die Hilfe anonymer Informationsquellen angewiesen sind. So etwa auf dem Gebiet der Bestechungsdelikte gemäss Art. 322^{ter}-322^{septies} StGB, wo das Interesse

97 BSK StGB, Art. 28a N 66, 67, 68.

98 SCHMOHL, Diss., S. 210.

99 CRO CP, Art. 28a N 45.

100 BGE 126 IV 236, 251 E. 6b.

der Öffentlichkeit unter Umständen besonders hoch sein kann. Auch die Katalogwürdigkeit der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften gemäss Art. 305^{ter} StGB ist kritisch zu hinterfragen, da deren Begehung mit maximal einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist. Somit ist das Delikt wohl kaum der schwersten Kriminalität zuzurechnen, deren Verfolgung die Durchbrechung des Informanten- und Quellenschutzes ja erst zu rechtfertigen vermag.¹⁰¹

5.3.3.3 Untersuchung: Wissen Journalisten um die Rechtslage?

Auch aus einer praktischen Perspektive der Medienschaffenden ist der Straftatenkatalog von Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB m.E. suboptimal ausgestaltet. Schon der Gesetzeswortlaut, «ein anderes Verbrechen, das mit einer Mindeststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist», erscheint in dieser Hinsicht problematisch.

Diese verklausulierte Formulierung dürfte einen durchschnittlichen Journalisten ohne ausgeprägte Rechtskenntnisse bereits vor einige Schwierigkeiten stellen. Es ist kaum anzunehmen, dass eine Mehrheit der Medienschaffenden ohne professionelle Rechtsberatung dazu in der Lage ist, daraus zweifelsfrei die Tatbestände des qualifizierten Raubs (Art. 140 Ziff. 4 StGB), der qualifizierten Geiselnahme (Art. 182 Ziff. 2 und 3 StGB), der qualifizierten sexuellen Nötigung (Art. 189 Abs. 3 StGB), der qualifizierten Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 3 StGB), der qualifizierten Brandstiftung (Art. 221 Abs. 2 StGB), des Völkermords (Art. 264 StGB) und der Angriffe auf die Unabhängigkeit der Eidgenossenschaft (Art. 266 Ziff. 2 StGB) abzuleiten.

Selbstredend ist diese Kritik nicht ausreichend, um der herrschenden gesetzlichen Regelung den nötigen Grad an Klarheit abzusprechen, welcher zur Gewährleistung der Rechtssicherheit erforderlich ist. Dennoch lässt diese Problematik in Kombination mit der gesamthaften Komplexität von Art. 28a StGB die Frage offen, ob die Schweizer Medienschaffenden als Hauptbetroffene überhaupt fähig sind, die Gesetzeslage in Bezug auf den Informanten- und Quellenschutz bis ins Detail zu verstehen und daraus die nötigen Schlüsse für ihre Berufsausübung zu ziehen.

Zur Gewinnung erster Erkenntnisse hinsichtlich dieser praxisorientierten Fragestellung wurde im April 2015 eine Online-Umfrage zur Thematik des Informanten- und Quellenschutzes im schweizerischen Strafrecht durchgeführt. 49 Personen, welche derzeit in der Schweiz als Journalisten tätig sind oder es in den vergangenen fünf Jahren waren, konnten zu diesem Zweck als Probanden gewonnen werden. Da eine vertiefte und empirisch stichhaltige Untersuchung den Umfang der vorliegenden Arbeit überschritten hätte, wurde das Studiendesign bewusst einfach und schnörkellos ge-

¹⁰¹ BSK StGB, Art. 28a N 58.

halten. Die erzielten Resultate sollten somit nicht im Sinne einer gefestigten Evidenz verstanden werden, sondern höchstens als Anknüpfungspunkt für weitergehende Untersuchungen.

Um die Kenntnis der Rechtslage unter den Teilnehmern zu evaluieren, wurden diese mit sieben fiktiven Sachverhalten aus der Sicht eines Journalisten konfrontiert.¹⁰² In jedem Szenario sollten die Probanden im Sinne einer True/False-Entscheidung ohne Hilfsmittel darüber bestimmen, ob sie die Quelle einer strafrechtlich relevanten Information in Ausführung ihres Berufs vorbehaltlos schützen können – oder ob stattdessen eine Katalogstraftat nach Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB vorliegt, bei welcher die Möglichkeit der Durchbrechung des Informanten- und Quellenschutzes besteht. Eine Exit-Option wurde nicht gewährt. Im Zweifel sollten die Teilnehmer jene Antwort wählen, welche sie als wahrscheinlicher bewerteten.

Durch diesen Aufbau war auch bei rein zufälliger Beantwortung der Fragen von einer durchschnittlichen Trefferquote von 50 Prozent auszugehen. Somit konnte nur eine deutlich höhere Quote an richtigen Antworten im Sinne eines Indizes gewertet werden, dass die teilnehmenden Journalisten im jeweiligen Szenario über fundierte Rechtskenntnisse verfügen.

Von den sieben präsentierten Sachverhalten konnten vier unter den Ausnahmekatalog von Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB subsumiert werden und liessen somit keine Garantie des Quellenschutzes zu. Dabei handelte es sich um Delikte nach Art. 19 Abs. 2 BetmG (qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz), Art. 197 Abs. 4 StGB (harte Pornographie), Art. 260^{ter} StGB (kriminelle Organisation) und Art. 322^{ter} StGB (Bestechung schweizerischer Amtsträger). Bei den restlichen drei Sachverhalten war hingegen die Gewährleistung des Quellenschutzes als richtige Antwort gefordert. Die beschriebenen Straftaten konnten unter Art. 114 StGB (Tötung auf Verlangen), Art. 118 Abs. 2 StGB (strafbarer Schwangerschaftsabbruch ohne Einwilligung der Schwangeren) und Art. 277 StGB (Fälschung von Aufgeboten oder Weisungen) subsumiert werden.

Die Resultate der Untersuchung zeigen ein ernüchterndes Gesamtbild. Global haben sich die Probanden über die sieben Sachverhalte hinweg nur zu 44.31 Prozent für die richtige Lösung entschieden und lagen mit ihrer Einschätzung stattdessen in 55.69 Prozent der Fälle falsch. Die Möglichkeit zum Informanten- und Quellenschutz wurde von den Medienschaffenden damit gesamthaft sogar noch weniger korrekt eingeschätzt, als dies aufgrund des Versuchsaufbaus durchschnittlich von Personen zu erwarten wäre, die über keinerlei Kenntnisse der Rechtslage verfügen.

Nur in zwei der sieben Szenarien hat eine Mehrheit der Versuchsteilnehmer die zutreffende Lösung gewählt. Beim Sachverhalt nach Art. 277 StGB (Fälschung von Aufgeboten oder Weisungen) haben

¹⁰² Detaillierte Fragestellungen und Resultate im Anhang dieser Arbeit, S.26.

sich die Probanden deutlich (75.51 Prozent), bei jenem nach Art. 118 Abs. 2 StGB (strafbarer Schwangerschaftsabbruch ohne Einwilligung der Schwangeren) knapp (53.06 Prozent) für die richtige Variante der Gewährleistung des Informanten- und Quellenschutzes ausgesprochen.

Insgesamt lässt die genauere Betrachtung der Resultate den Eindruck entstehen, dass die Untersuchungsteilnehmer über ein sehr subjektives Rechtsempfinden verfügen. So haben beim Sachverhalt, welcher eine Tötung auf Verlangen an einem schwerkranken Familienmitglied umreisst, nur 36.73 Prozent der Medienschaffenden für die Möglichkeit des Quellenschutzes votiert. Dies lässt die Vermutung zu, dass sie offenbar nicht zwischen den vom Ausnahmekatalog in Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB erfassten Tötungsdelikten nach Art. 111-113 StGB (vorsätzliche Tötung, Mord, Totschlag) und jenen nach Art. 114-116 StGB (Tötung auf Verlangen, Kindstötung, fahrlässige Tötung) zu differenzieren vermögen.

Auch weitere Beispiele verstärken den Eindruck, dass die Mehrheit der Teilnehmer gar nicht um den Inhalt des Ausnahmekatalogs weiss, sondern den Quellenschutz eher nach einem subjektiven Unrechtsempfinden gewährleistet. So wollten 61.22 Prozent der Probanden einem Marihuanadealer Quellenschutz zusichern, welcher die Katalogtat der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz nach Art. 19 Abs. 2 BetmG beging. Ebenso zu 67.35 Prozent im Fall eines Gerichtsdolmetschers, welcher sich für die niedrige Summe von 500 Franken zu vorteilhaften Übersetzungen von Aussagen bewegen liess – wobei es sich um die Katalogtat der Bestechung schweizerischer Amtsträger nach Art. 322^{ter} StGB handelt. Auch um den Fall eines Politikers publik zu machen, der in Kreisen der Mafia verkehrte, wollten 69.39 Prozent der Teilnehmer ihrem Informanten Quellenschutz zusichern. Sie schienen sich nicht bewusst zu sein, dass sie beim Vorliegen des Katalogtatbestands der kriminellen Organisation von Art. 260^{ter} StGB mit Zwangsmassnahmen zu rechnen haben.

Abschliessend bleibt festzuhalten, dass die Probanden ihre Möglichkeit zum Informanten- und Quellenschutz generell stark überbewertet haben. Mit Ausnahme des Sachverhalts, welcher eine Tötung auf Verlangen umschreibt, hat sich die Mehrheit der Teilnehmer immer für eine Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber dem Informanten entschieden. Durchschnittlich votierten die Journalisten in 60 Prozent aller Fälle für die Möglichkeit des Quellenschutzes, obwohl die Voraussetzungen dafür nur in 37 Prozent der Sachverhalte gegeben waren.

6. Diskussion BGer 1B_293/2013

Das Bundesgericht hat sich mit Entscheidungen zum Informanten- und Quellenschutz im schweize-

rischen Strafrecht zwar nicht in gehäufter Anzahl, jedoch immerhin mit gewisser Regelmässigkeit zu beschäftigen. Für Aufsehen hat die öffentlich-rechtliche Abteilung im Januar 2014 mit einem Urteil gegen eine Journalistin der «Basler Zeitung» gesorgt.¹⁰³ Nach Beschwerde in Strafsachen der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt wurde die Medienschaffende angewiesen, zu Strafverfolgungszwecken den Namen eines mutmasslichen nebenberuflichen Hanfdealers preiszugeben, welchen sie 2012 in einer Reportage über die Basler Kifferszene porträtiert hatte.¹⁰⁴

Die Argumentation des Bundesgerichts stützt sich auf den Umstand, dass die Quelle der Journalistin der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz nach Art. 19 Abs. 2 BetmG dringend tatverdächtig sei, ihr Verdienst aus der illegalen Tätigkeit im Artikel auf jährlich ungefähr 12'000 Franken beziffert wurde. Somit sei die Schwelle zum Qualifikationsmerkmal eines erheblichen Gewinns überschritten, welche bei 10'000 Franken pro Jahr liegt.¹⁰⁵ Nicht berücksichtigt wurde der Umstand, dass der Verdächtige seine Angaben dazu im Rahmen der Strafverfolgung als Prahlerei abtun könnte, wonach der Nachweis des gewerbmässigen Handels erst noch durch die Strafverfolgungsbehörden erbracht werden müsste.¹⁰⁶

Da Art. 19 Abs. 2 BetmG eine Katalogtat nach Art. 28a Abs. 2 StGB darstellt und die Aussage der Journalistin nach Ansicht des Bundesgerichts das einzige erfolgsversprechende Beweismittel zur Identifikation des mutmasslichen Täters ist, bewertete es die Durchbrechung des Zeugnisverweigerungsrechts als geeignet und erforderlich.¹⁰⁷ Auch in der Frage der Zumutbarkeit entschied sich das Bundesgericht für ein Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Aufklärung und somit gegen das Interesse der Journalistin an der Geheimhaltung ihrer Quelle.¹⁰⁸

Diskussionsstoff birgt der Entscheid m.E. namentlich aufgrund des geringen Unrechtsgehalts des fraglichen Delikts im Vergleich mit anderen Katalogtaten. Die deliktischen Handlungen eines Hanfdealers mit einem kolportierten Gewinn von 1000 Franken pro Monat können kaum der schwersten Kriminalität zugerechnet werden, deren Verfolgung die Durchbrechung des Informanten- und Quellenschutzes ausschliesslich dienen soll. Es ist fraglich, ob die Überführung des Verdächtigen einen wesentlichen Beitrag zur öffentlichen Gesundheit und Sicherheit darstellen kann. Andererseits betrifft die Berichterstattung über den gesellschaftlichen Umgang mit weichen Drogen durchaus eine Thematik von öffentlichem Interesse. Alles Umstände, welche im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung durchaus zum Überwiegen der Interessen der Journalistin hätten führen

103 BGer 1B_293/2013.

104 <http://www.bazonline.ch/31180807>, (zuletzt besucht am 10. Mai 2015).

105 BGer 1B_293/2013, E. 2.1.2.

106 BGer 1B_293/2013, E. 2.3.2.

107 BGer 1B_293/2013, E. 2.3.1.

108 BGer 1B_293/2013, E. 2.3.4.

können. Schliesslich ist auch die Gefahr eines abschreckenden Effekts des Entscheids auf andere Medienschaffende und ihre Informanten nicht zu vernachlässigen. In der Folge könnten der Öffentlichkeit zukünftig relevante Informationen zur Drogenthematik vorenthalten werden.

Die «Basler Zeitung» hat den Entscheid an den EGMR weitergezogen, wo er derzeit hängig ist.¹⁰⁹

7. Fazit und Ausblick

Die bewegte Entstehungsgeschichte des schweizerischen Informanten- und Quellenschutzes hat mit Art. 28a StGB eine gesetzliche Regelung hervorgebracht, deren oberstes Augenmerk auf der Wahrung der Rechtssicherheit und nicht in der Praktikabilität liegt. Die im Rahmen dieser Arbeit vorgenommene Untersuchung liefert Indizien dafür, dass die Medienschaffenden mit der Komplexität der Bestimmung überfordert sein könnten. In der Folge scheinen sie ihren Quellen eher nach subjektivem Empfinden Vertraulichkeit zuzusichern, als aufgrund einer fundierten Kenntnis der sie betreffenden Rechtslage. Eine vertiefte Untersuchung dieser Problematik wäre wünschenswert.

Einzelne Tatbestandsmerkmale von Art. 28a StGB geraten durch die technische und gesellschaftliche Entwicklung unter Druck. So etwa das Erfordernis der Periodizität, welches im Zeitalter der Internetpublikationen zunehmend aufgeweicht wird. Ähnliches gilt für die Ausklammerung der Unterhaltung und des Anzeigenteils, welche durch die zunehmende Vermischung früher klar getrennter Gefässe vermehrt Schwierigkeiten bereitet.

Der Ausnahmekatalog an Straftatbeständen in Art. 28a Abs. 2 lit. b stösst seit seiner Einführung vor allem hinsichtlich seiner fehlenden Stringenz auf Kritik. Eine systematische Überarbeitung im Sinne einer Harmonisierung mit ähnlichen Deliktskatalogen neueren Datums könnte hierbei Abhilfe schaffen.

Ein Bundesgerichtsentscheid von 2014, betreffend den Fall einer Journalistin, welche über einen mutmasslichen Hanfdealer mit einem relativ geringen Jahresverdienst von 12'000 Franken berichtet hatte, könnte Signalwirkung haben. Die Schwelle zur Durchbrechung des Informanten- und Quellenschutzes wurde hierbei im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung sehr niedrig angesetzt. Die Bewertung des Urteils durch den EGMR und zukünftige Bundesgerichtsentscheide werden zeigen, ob fortan im Zweifelsfall eher von einem Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Aufklärung von Straftaten gegenüber jenem der Medienschaffenden auszugehen ist.

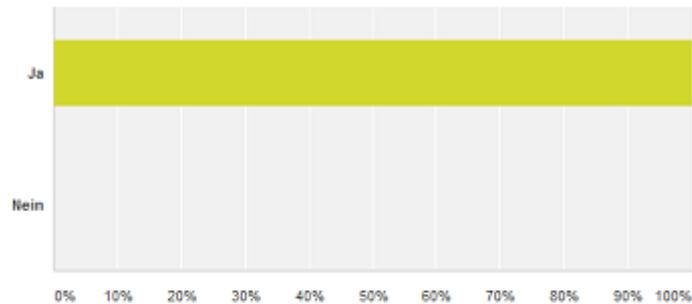
¹⁰⁹ <http://www.bazonline.ch/29095437>, (zuletzt besucht am 10. Mai 2015).

Anhang

Journalisten-Umfrage: Der Informanten- und Quellenschutz im schweizerischen Strafrecht

Frage 1, Berufstätigkeit:

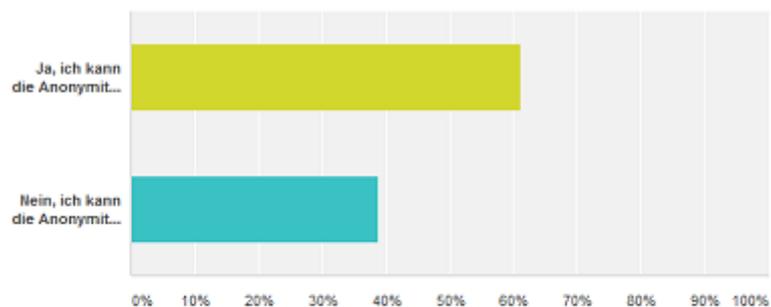
Sind Sie derzeit in der Schweiz als Journalist/in tätig – oder waren es in den vergangenen 5 Jahren?



Antwortmöglichkeiten	Beantwortungen
Ja	100,00% 49
Nein	0,00% 0
Gesamt	49

Frage 2, Katalogtat, Verstoss gegen Art. 19 Abs. 2 BetmG:

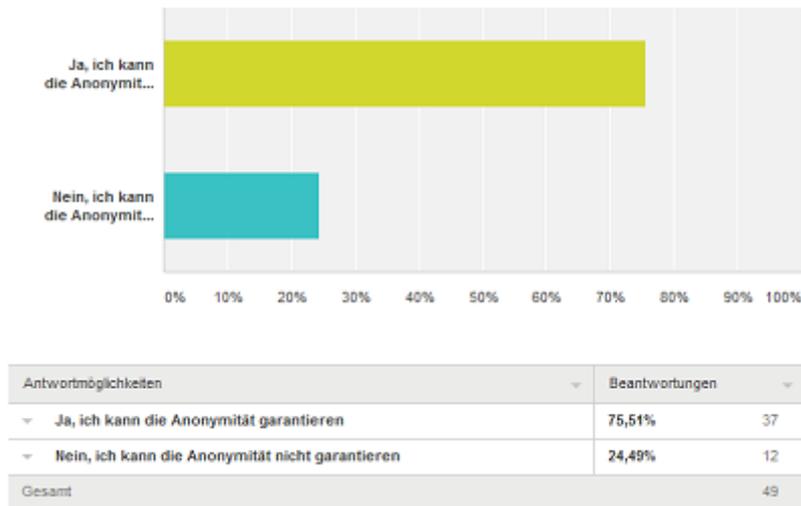
Sie verfassen ein Porträt über einen Mann, der seit mehreren Jahren als Marihuana-Dealer in Szenebars seinen Lohn aufbessert. Er zeigt Ihnen bereitwillig seine Arbeitsabläufe und erzählt, dass er im vergangenen Jahr dank seines zufriedenen Kundenstamms 11'000 Franken umgesetzt hat und dabei nie mit der Polizei in Kontakt gekommen ist. Als Gegenleistung besteht er darauf, dass Sie seine Anonymität wahren. Können Sie ihm diese garantieren?



Antwortmöglichkeiten	Beantwortungen
Ja, ich kann die Anonymität garantieren	61,22% 30
Nein, ich kann die Anonymität nicht garantieren	38,78% 19
Gesamt	49

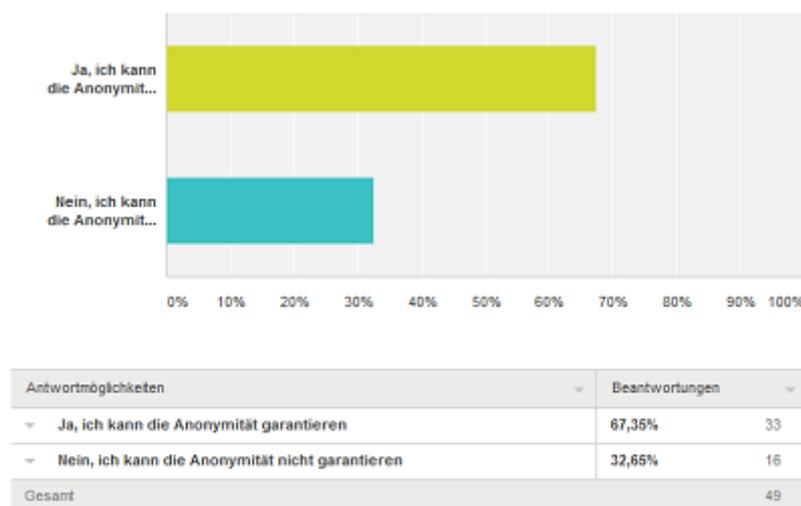
Frage 3, keine Katalogtat, Verstoss gegen Art. 277 StGB:

Eine Quelle versorgt Sie mit überzeugenden Beweisen dafür, dass ein hochrangiges Mitglied der Armee die Rekrutenschule-Aufgebote seiner beiden Söhne unterdrückt hat. Diese werden in der Folge nie zum Dienst aufgeboten und können sich stattdessen ihrem Studium widmen. Können Sie Ihrer Quelle Anonymität zusichern, wenn Sie den Fall in einem Artikel publik machen?



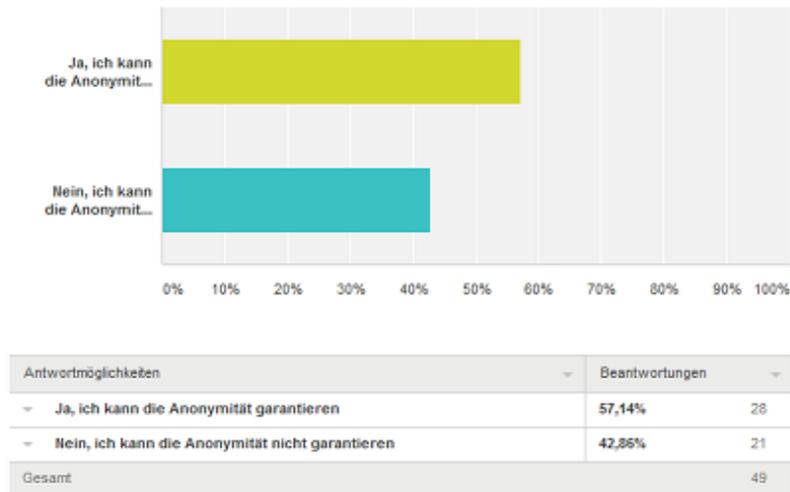
Frage 4, Katalogtat, Verstoss gegen Art. 322^{ter} StGB:

Eine Quelle beliefert Sie mit der Information, dass am Bezirksgericht Zürich regelmässig ein Dolmetscher zum Einsatz kommt, der sich aus persönlichen Beweggründen in Sorgerechtsstreitigkeiten jeweils auf die Seite der Väter schlägt. So hat er in mehreren Fällen ungünstige Aussagen von Männern, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, bei der Übersetzung „entschärft“ und sich als Gegenleistung von ihnen eine „Risiko-Pauschale“ von 500 Franken versprechen lassen. Ihre Quelle möchte, dass Sie den Missstand in einem Artikel aufdecken, aber dabei seine Identität geheim halten. Können Sie das garantieren?



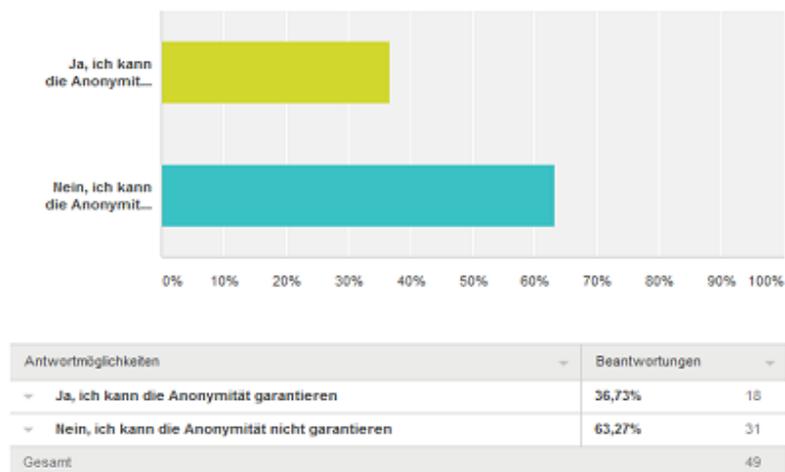
Frage 5, Katalogtat, Verstoss gegen Art. 197 Abs. 4 StGB:

Sie recherchieren für einen Artikel über Tier-Pornografie im Darknet. Dort kommen Sie mit einem Mann in Kontakt, der Ihnen nach einigen Anlaufschwierigkeiten via E-Mail seine Geschichte anvertraut. Er gesteht, dass er selbst bereits einen pornografischen Film mit Kleintieren produziert hat und unter grossem Leidensdruck steht, da er weiss, dass sein Handeln Unrecht ist. Er erlaubt Ihnen, sein Beispiel in Ihrem Artikel zu verwenden, und verspricht, sich in medizinische Behandlung zu begeben, wenn Sie dabei seine Anonymität bewahren. Können Sie das garantieren?



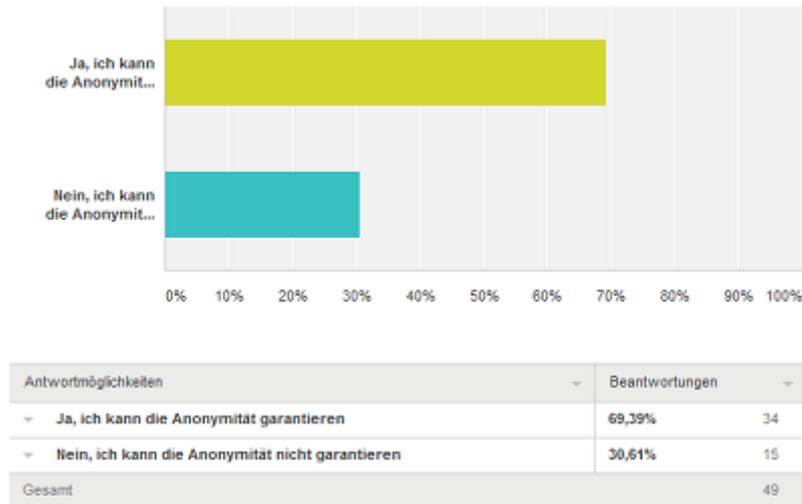
Frage 6, keine Katalogtat, Verstoss gegen Art. 114 StGB:

Sie haben mehrere Artikel über Sterbehilfe verfasst. Im Anschluss meldet sich eine Frau bei Ihnen, die von ihren Erfahrungen berichten möchte. Ihr schwerkranker Vater hatte sie während Jahren intensiv gedrängt, ihn von seinem Leid zu erlösen. Als die Schmerzen des Mannes wieder einmal besonders schlimm waren, hat sie sein Flehen erhört und ihn aus Mitleid mit einem Kissen erstickt. Die Frau möchte, dass Sie ihre Geschichte publizieren, um anderen Menschen in einer ähnlichen Lage seelischen Beistand zu bieten. Können Sie das tun – und ihr dabei Anonymität garantieren?



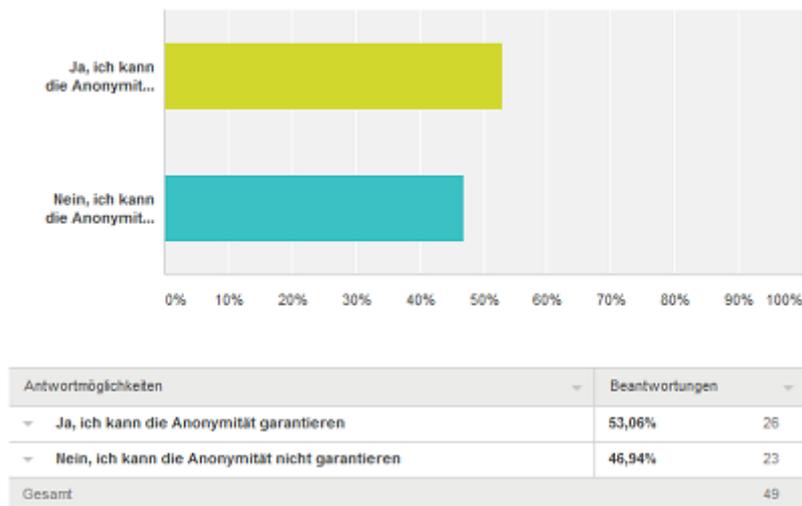
Frage 7, Katalogtat, Verstoss gegen Art. 260^{ter} StGB:

Eine Quelle versorgt Sie mit überzeugenden Beweisen dafür, dass ein bekannter Lokalpolitiker mit der Mafia in Verbindung steht. Können Sie ihr Anonymität zusichern, wenn Sie die Verstrickung in einem Artikel enthüllen?



Frage 8, keine Katalogtat, Verstoss gegen Art. 118 Abs. 2 StGB:

Eine Quelle versorgt Sie mit überzeugenden Beweisen dafür, dass ein Schweizer Arzt bei einer Frau gegen deren Willen einen Schwangerschaftsabbruch vorgenommen hat. Sie enthüllen die Geschichte in einem Artikel und werden anschliessend von der Staatsanwaltschaft nach Ihrer Quelle befragt. Können Sie deren Anonymität schützen?



Selbstständigkeitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet.

Zürich, 15. Mai 2015

Alex Dutler