



Dokument	AJP 2003 S. 892
Autor	Andreas Noll
Titel	Ist die an BGE 127 IV 122 geübte Kritik berechtigt?
Publikation	Aktuelle Juristische Praxis
Herausgeber	Ivo Schwander
ISSN	1660-3362
Verlag	Dike Verlag AG

Ist die an BGE 127 IV 122 geübte Kritik berechtigt?

lic. iur. Andreas Noll, Advokat, Basel

Dans l'ATF 127 IV 122, le Tribunal fédéral a analysé la question de la punissabilité d'un journaliste pour instigation à violation du secret de fonction si le journaliste demande un fonctionnaire de lui fournir un renseignement, ce que le fonctionnaire lui révèle sans autre et en connaissance du fait que l'information est couverte par le secret de fonction. Le Tribunal fédéral s'est surtout exprimé au sujet de la qualité de secret des informations révélées, de la problématique de l'intention (appréciation parallèle dans la sphère laïque) ainsi que de la signification de la liberté de presse et d'information pour la sauvegarde d'intérêts légitimes. Par contre, l'ensemble des questions liées à l'attribution objective du résultat n'a trouvé guère d'attention. Ce n'est que dans le cadre de l'analyse de l'état des faits "décider quelqu'un" que l'influence psychique punissable est délimitée de la création d'une situation qui n'est pas punissable.

La condamnation du journaliste n'a non seulement suscité une critique farouche des médias et un débat sur la signification de la liberté de presse et d'information, mais aussi soulevé des questions politiques fondamentales du rapport des pouvoirs entre eux et leur équilibre.

(trad. Flurin von Planta)

AJP 2003 S. 892

Einleitung

Am 1. September 1997 überfielen fünf Personen die Fraumünster-Post in Zürich und erbeuteten dabei über 53 Millionen Schweizer Franken.¹ Dementsprechend gross war natürlich das Interesse der Medien am Jahrhundertpostraub. In der Folge gelangte am

¹ Vgl. nur Rhein-Zeitung vom 2.9.1997, Unbekannte erbeuteten über 63 Millionen (Mark), zitiert aus der Website <http://rhein-zeitung.de/on/97/09/02/topnews/postraub.html>, besucht am 11.3.2003.



10. September 1997 der "Blick"-Reporter Viktor Dammann² mit einer auf Grund weitläufiger Recherchen seiner Redaktion zusammengestellten Liste von etwa 15 tatverdächtigen Personen an die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich. Er wollte wissen, ob die auf seiner Liste befindlichen Personen, welche wegen des Verdachts der Beteiligung am Postraub festgenommen worden waren, Vorstrafen, insbesondere wegen Betäubungsmitteldelikten aufweisen würden. Die Beamtin erklärte sich bereit, die nötigen Abklärungen zu treffen, und faxte dem Reporter die gestützt auf ihre Zusage per Fax übermittelte Liste drei Stunden später mit den nachgesuchten Angaben zurück.

Dies führte dazu, dass gegen die Assistentin ein Verfahren wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB und gegen den Journalisten ein solches wegen Anstiftung dazu gemäss Art. 24 Abs. 1 StGB eingeleitet wurde. Im Strafverfahren gegen Viktor Dammann entschied das Bundesgericht letztinstanzlich, dass die Beamtin durch die Frage des "Blick"-Journalisten zur Verletzung des Amtsgeheimnisses angestiftet worden war. Der Entscheid löste in Medienkreisen breite Entrüstung³ aus. Er zog sich aber auch in verschiedenen Punkten die Kritik der Doktrin zu.

Es wird nun die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein, diese Kritik auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfen. Dabei wird folgendermassen vorgegangen:

In einem ersten Teil sollen die Grundlagen erarbeitet werden. Zu diesem Zweck wird zunächst der thematisierte Entscheid sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht erörtert. Dem soll dann in der Folge die vorgebrachte Kritik gegenübergestellt werden. Am Schluss des Grundlagenteils werden Eingrenzungen vorzunehmen sein, welche für die im zweiten Teil der Arbeit durchzuführende Analyse der am Entscheid geübten Kritik notwendig sind. Es

AJP 2003 S. 892, 893

handelt sich dabei um Kritik- resp. Problempunkte, die nur am Rande thematisiert wurden oder die sich in der Konstellation der Anstiftung zu einem echten Sonderdelikt grundsätzlich stellen und daher nicht zur eigentlichen Kernthematik des kritisierten Entscheids zu zählen sind.

Im zweiten Teil der Arbeit soll die an BGE 127 IV 122 geübte Kritik analysiert werden. Dabei werden die in den Kernpunkten kontroversen Argumente einer vertieften Betrachtung unterzogen.

Im dritten Teil werden die Ergebnisse der Analyse gewürdigt und nach möglichen Motiven⁴ einer solchen Rechtsprechung gefragt.

Am Schluss der Arbeit sollen die Ergebnisse nochmals zusammengefasst und ein Fazit gezogen werden.

1. Teil: Grundlagen

A. Der Entscheid BGE 127 IV 122

aa. In tatsächlicher Hinsicht⁵

-
- 2 Der Journalist ist in verschiedenen Presseartikeln namentlich erwähnt worden. Vgl. nur Felber.
 - 3 Er sei "praxisfern, ein höchst bedenklicher Angriff auf die Pressefreiheit, eines liberalen Rechtsstaates unwürdig, ein Maulkorb-Urteil, das zu einem Recherchierverbot bei Amtspersonen führe" (Riklin II, 162).
 - 4 Soweit sich natürlich überhaupt andere Motive als juristische für die Urteilsfällung erkennen lassen.
 - 5 Vgl. hiezu BGE 127 IV 122, 124 f. (auch wiedergegeben in: Riklin II (160 ff.), sic! 2001 (440 ff.), SJZ 2001 (354) und plädoyer 2001 (65)) sowie die Urteile der Vorinstanzen, des Einzelrichteramtes des Bezirksgerichts Zürich vom 12.1.1999 (U/GG980913; zusammenfassend wiedergegeben in: medialex 1999) und des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7.9.1999 (S2/U/O/SB990251/gk). Neben der Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht wurde auch beim Kassationsgericht des Kantons Zürich Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, sodass dessen Urteil vom 25.9.2000 (Kass.-Nr. 2000/008 S) in tatsächlicher Hinsicht ebenfalls herangezogen werden kann.



Im Rahmen seiner Recherchiertätigkeit im Zusammenhang mit dem Fraumünster-Postraub vom 1. September 1997 gelangte der später angeklagte "Blick"-Journalist am Morgen des 10. Septembers 1997 telefonisch an die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich. Er ersuchte die Verwaltungsassistentin, welche den Anruf entgegennahm, sie möge ihn doch mit einem Staatsanwalt verbinden. Da aber sämtliche Staatsanwälte abwesend waren, konnte sie seiner Bitte nicht entsprechen.

Der Reporter wandte sich daher an seine Gesprächspartnerin und fragte diese, ob die sich auf einer ihm vorliegenden Liste befindlichen Personen, welche in den Tagen nach dem Postraub festgenommen worden seien, "Vorstrafen insbesondere wegen Betäubungsmitteldelikten erwirkt hätten".⁶ Die Verwaltungsassistentin⁷ erklärte sich ohne weiteres⁸ dazu bereit, sodass der Journalist ihr die genannte Liste per Fax um 8.28 Uhr übermittelte.

Sie musste in der Folge über das ihr mittels Passwort zugängliche EDV-System der Geschäftskontrolle der Justizdirektion des Kantons Zürich⁹ abgeklärt haben, ob die auf der zugefaxten Liste genannten Personen - insbesondere wegen Betäubungsmitteldelikten - vorbestraft waren. Die Ergebnisse ihrer Abklärungen brachte sie handschriftlich bei den jeweiligen Namen der Liste an, indem sie für Betäubungsmitteldelikte "BetmG", für andere Delikte "a.D." und bei fehlendem Eintrag "n.g." vermerkte. Die um diese Angaben ergänzte Liste sandte die Assistentin noch am gleichen Tag wiederum mittels Fax um 11.32 Uhr - also rund drei Stunden später - an den "Blick"-Reporter zurück, der die damit neu gewonnenen Informationen allerdings nicht publizierte.¹⁰ Das Obergericht und dementsprechend auch das Bundesgericht gingen im Übrigen davon aus, dass "die mitgeteilten Vorstrafen in öffentlichen Gerichtsverhandlungen ausgefällt und verkündet worden bzw. in öffentlichen Gerichtsverhandlungen zur Sprache gekommen seien".¹¹

bb. In rechtlicher Hinsicht¹²

In den rechtlichen Erwägungen machte das Bundesgericht zunächst einmal Ausführungen allgemeiner Natur zum Tatbestand der Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung gemäss Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 StGB. Dabei wurde festgehalten, dass Geheimnisse im Sinne der genannten Bestimmung Tatsachen seien, welche nur einem begrenzten Personenkreis bekannt oder zugänglich seien, die der Geheimnisherr geheim halten wolle und an deren Geheimhaltung

AJP 2003 S. 892, 894

⁶ BGE 127 IV 122, 127, E. 2a.

⁷ Gemäss BGE 127 IV 122, 132, E. 4c/aa sowie der mir freundlicherweise von Seiten des Rechtsvertreters des betreffenden Reporters mit dessen Einverständnis zur Verfügung gestellten Beschwerdeschrift an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vom 29.11.2001 (zit.: Beschwerde EGMR) war der Verwaltungsassistentin der Angeklagte als renommierter Journalist bekannt (4).

⁸ Die Vorinstanz, das Obergericht des Kantons Zürich, ging davon aus, dass dem Journalisten die geschickte Zerstreung der gegen sein Ersuchen geäusserten Bedenken - wie dies seitens der Staatsanwaltschaft behauptet worden war - gerade nicht nachgewiesen werden konnte (vgl. BGE 127 IV 122, 126 f., E. 2a).

⁹ Gemäss Beschwerde EGMR (5) handelt es sich dabei nicht um das offizielle Strafregister, sondern um ein separates Verzeichnis der kantonalzürcherischen Strafbehörden.

¹⁰ Es stellt sich die Frage, wie die Staatsanwaltschaft überhaupt von der Amtsgeheimnisverletzung erfahren konnte, wenn der betroffene Journalist die auf geschildertem Weg erhaltenen Informationen gerade nicht publik gemacht hatte. Das Bundesgericht (BGE 127 IV 122, 133 f., E. 5a/bb) hält diesbezüglich fest, dass sich die Verwaltungsassistentin selbst gestellt habe. Interessanterweise wird in Beschwerde EGMR (6) das Sich-Stellen etwas anders beschrieben. Danach seien die Untersuchungsbehörden nur durch Zufall auf den Vorfall aufmerksam geworden: Im Auto des Journalisten, das sie von aussen inspizierten, hätten Polizisten am 23.9.1997 einen Hinweis auf einen Fax-Austausch zwischen dem Angeklagten und der Assistentin entdeckt. Dieser Sachverhalt sei dann von den beiden Genannten nicht bestritten worden. Vgl. hierzu auch den Bericht in der NZZ vom 13.1.1999, 49.

¹¹ BGE 127 IV 122, 129, E. 3a.

¹² Vgl. hierzu BGE 127 IV 122, 125 ff.



er ein berechtigtes Interesse habe. Anstifter zur Amtsgeheimnisverletzung sei demgemäss derjenige, welcher einen andern zur vorsätzlichen rechtswidrigen Offenbarung dergestalt definierter Geheimnisse vorsätzlich bestimme. Dabei müsse er zumindest in Kauf nehmen, dass erstens infolge seines Verhaltens der Angestiftete die inkriminierte Handlung vornehmen werde, und dass zweitens diese Handlung tatbestandsmässig und rechtswidrig sei.

Ein vorsätzliches Bestimmen zur Straftat liegt nach Auffassung des Bundesgerichts stets dann vor, wenn der Tatentschluss des Angestifteten auf das motivierende Verhalten des Anstifters zurückzuführen sei. Auch der Tatgeneigte könne demnach noch angestiftet werden. Lediglich der bereits zur Tat Entschlossene (omnimodo facturus) müsse als Angestifteter ausscheiden. Als Anstiftungsmittel falle jedes motivierende Tun in Betracht, mit der Einschränkung allerdings, dass es sich dabei um "eine psychische, geistige Beeinflussung"¹³ handeln müsse, sodass die sog. Umweganstiftung¹⁴ ausscheide. Hingegen hätten die blosser Bitte, Anregung oder konkludente Aufforderung als taugliche Anstiftungsmittel zu gelten.

Das Bundesgericht kam daher zum Schluss, dass der Journalist die Verwaltungsassistentin zur Amtsgeheimnisverletzung angestiftet habe: "Das objektive Merkmal des 'Bestimmens' im Sinne von Art. 24 StGB ist gegeben, weil der Beschwerdeführer durch seine Frage den Entschluss zur Antwort hervorgerufen hat; ohne Frage hätte es keine Antwort gegeben."¹⁵ Daran könne auch die Tatsache nichts ändern, dass es zu den Aufgaben des Journalisten gehöre, Fragen zu stellen, und die Befragte die Möglichkeit habe, die Auskunftserteilung abzulehnen.¹⁶

Zur Geheimnisqualität der von der Verwaltungsassistentin preisgegebenen Informationen führte das Bundesgericht Folgendes aus: Die Vorstrafen könnten als in öffentlichen Gerichtsverhandlungen zur Sprache gekommene Tatsachen nicht als Geheimnisse gelten, da das Gesetz nicht gleichzeitig Öffentlichkeit der Verhandlung und Geheimhaltung der darin erörterten Tatsachen wollen könne. Dies gelte unabhängig davon, ob bei der Verhandlung Zuhörer zugegen gewesen wären oder nicht. Allerdings könnten nicht geheime Tatsachen durch Zeitablauf zusehends in Vergessenheit geraten und dadurch wieder zu Geheimnissen werden. Dem stünde auch der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung gemäss Art. 30 Abs. 3 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht entgegen, da dieser den Zweck der demokratischen Kontrolle der Justiz verfolge, welcher mit der Urteilsverkündung erfüllt sei. Demgegenüber sei der Wille des Verurteilten an der Geheimhaltung der Vorstrafe als berechtigtes Interesse anzuerkennen, was sich unter anderem auch an der Bestimmung des Art. 363 Abs. 2 StGB zeige, wonach an Privatpersonen mit Ausnahme solcher, die die eigene Person betreffen, keine Auszüge aus dem Strafregister abgegeben werden dürfen. Daran würde auch die Tatsache nichts zu ändern vermögen, dass dieselben Informationen über die Konsultation von Pressearchiven hätten beschafft werden können, da die Beschaffung der darin allenfalls enthaltenen Angaben über Vorstrafen von bestimmten Personen zum einen recht aufwändig wäre, und diese zum anderen auch weniger genau und verlässlich seien als diesbezügliche Einträge in amtlichen Registern. Schliesslich merkte das Bundesgericht noch an, dass zwar zwischen dem Geheimhaltungsinteresse und dem öffentlichen Informationsinteresse ein Spannungsverhältnis bestehen könne, was aber nicht den Tatbestand, sondern allenfalls die Rechtswidrigkeit des Verhaltens betreffe.

¹³ BGE 127 IV 122, 127, E. 2b/aa.

¹⁴ Wenn lediglich eine Situation geschaffen wird, in der sich jemand voraussichtlich zur Verübung einer Straftat entschliessen wird.

¹⁵ BGE 127 IV 122, 128, E. 2c in fine.

¹⁶ BGE 127 IV 122, 132, E. 4c/bb.

Was die beiden für die Tatbestandsmässigkeit der Anstiftung erforderlichen Vorsätze¹⁷ anbelangt, so hielt das Bundesgericht fest, dass in beiden Fällen Eventualvorsatz genüge. Da dem "Blick"-Reporter auf Grund seiner langjährigen Tätigkeit als Polizei- und Gerichtsberichterstatter nicht entgangen sein könne, dass die Vorstrafen bestimmter Personen grundsätzlich geheim gehalten würden, und da er auch gewusst habe, dass der zuständige Bezirksanwalt die entsprechenden Angaben verweigert hatte, habe er in Kauf genommen, dass die Verwaltungsassistentin zumindest eventualvorsätzlich geheime Informationen preisgeben werde. Diese habe in der Tat ihrerseits die nachgesuchten Daten entgegen der ihr obliegenden Amtsgeheimnispflicht zumindest eventualvorsätzlich an den Journalisten weitergegeben. Das Bundesgericht führte ferner aus, dass die diesbezüglichen Einwendungen des Angeklagten grösstenteils die vorinstanzliche Beweiswürdigung betreffen, an welche das Bundesgericht gebunden sei und die im Übrigen vom Kassationsgericht des Kantons Zürich auf Willkür überprüft und als vertretbar festgestellt worden sei.¹⁸

Zum Vorsatz bezüglich der Geheimnisqualität der offenbarten Informationen merkte das Bundesgericht an, dass gemäss der Parallelwertung in der Laiensphäre Einträge in nicht öffentlichen amtlichen Registern Amtsgeheimnisse darstellten. Dass die erste Instanz die Geheimnisqualität gestützt auf die Annahme abgelehnt hatte, dass über die mitgeteilten Vorstrafen seinerzeit in den Medien berichtet worden sei und dass das öffentliche Interesse an der Information gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse der Betroffenen

AJP 2003 S. 892, 895

überwäge, sei dabei unerheblich, da dies Überlegungen seien, die der Laie nicht anstelle.

Die Berufung des Journalisten auf den durch Art. 27bis StGB gewährleisteten Quellenschutz wurde vom Bundesgericht mit der Begründung zurückgewiesen, dass ihm gerade keine Zeugnisverweigerung vorgeworfen worden sei, sodass die Eröffnung eines Strafverfahrens wegen Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung offensichtlich nicht gegen den Sinn und Zweck des journalistischen Quellenschutzes verstosse.

Ebensowenig könne sich der Angeklagte auf die aus der Medienfreiheit gemäss Art. 17 BV fliessenden Berufspflichten¹⁹ des Journalisten berufen. Die in der "Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten"²⁰ festgelegten Regeln sähen zwar vor, dass sich der Journalist vom Recht der Öffentlichkeit, die Wahrheit zu erfahren, leiten lassen solle. Dies bedeute aber nicht, dass sich tatbestandsmässiges Verhalten gemäss Art. 32 StGB rechtfertigen liesse.

Und schliesslich wurde unter dem Gesichtspunkt der Wahrung berechtigter Interessen ausgeführt, dass eine Rechtfertigung nur dann in Betracht falle, wenn die tatbestandsmässige Tat zur Erreichung des berechtigten Ziels den einzig möglichen Weg darstelle und offenkundig weniger schwer wiege als die Interessen, die der Täter zu wahren suche. Es sei im zu beurteilenden Fall jedoch nicht ersichtlich, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollten. Im Sinne eines offenkundigen Indizes für das Fehlen eines übergeordneten Interesses wurde die Tatsache angeführt, dass der Journalist schliesslich von der Veröffentlichung der von der Verwaltungsassistentin erlangten Informationen absah.

17 Gemeint sind der Vorsatz der Verwaltungsassistentin für die Haupttat (die Verletzung des Amtsgeheimnisses) und derjenige des Journalisten in Bezug auf die Anstiftung. Dabei sei angemerkt, dass lediglich letzterer den sog. doppelten Anstiftervorsatz darstellt, da sich dieser einerseits auf die tatbestandsmässige rechtswidrige Haupttat, andererseits aber auch auf den objektiven Tatbestand der Anstiftung beziehen muss.

18 Das Kassationsgericht hielt fest, dass das Obergericht des Kantons Zürich in vertretbarer Beweiswürdigung von der erstellten Tatsache, dass es sich beim Angeklagten um einen erfahrenen Gerichtsberichterstatter handle, auf dessen Vorsatz habe schliessen dürfen (vgl. Urteil vom 25.9.2000, Kass.-Nr. 2000/008 S. 18, E. 4b).

19 Vgl. hierzu "Die Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten" vom 21.12.1999 sowie die "Richtlinien zur Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten" vom 18.2.2000.

20 Verfügbar unter der Website http://www.presserat.ch/code_d.html besucht am 11.3.2003.

cc. Die Urteile der Vorinstanzen

In erster Instanz hatte das Einzelrichteramt des Bezirksgerichts Zürich²¹ den Fall zu entscheiden. Es kam dabei zum Schluss, dass an den betreffenden Daten kein öffentliches Geheimhaltungsinteresse bestehe und dass das Interesse der Öffentlichkeit an Information über die Vorstrafen der mutmasslichen Täter deren privates Interesse an der Geheimhaltung überwiege. Ausserdem hätten weder die Verwaltungsassistentin noch der "Blick"-Reporter die Geheimnisqualität der Information in Kauf genommen, sodass sie ohnehin nicht vorsätzlich gehandelt hätten.²² Gestützt darauf hatte das Einzelrichteramt des Bezirksgerichts Zürich den Journalisten von der Anklage der Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung freigesprochen.

In zweiter Instanz und als Vorinstanz des Bundesgerichts hatte das Obergericht des Kantons Zürich zu urteilen.²³ Dieses folgte der Auffassung des Bezirksgerichts nicht, sondern entschied, dass die preisgegebenen Informationen, auch wenn darüber in der Presse berichtet und die entsprechenden Presseberichte archiviert worden sein sollten, Geheimnisse im Sinne des Art. 320 StGB darstellten. Dies gelte zumindest für die im Register nicht verzeichneten Tatverdächtigen, da diese betreffend, wie sich von selbst versteht, gar keine Urteile bestehen und damit auch keine publik werden konnten.²⁴ Der Journalist habe daher in Kauf genommen, dass die Verwaltungsassistentin ihm in tatbestandsmässiger und rechtswidriger Weise Auskunft geben werde.²⁵ Durch sein Verhalten habe er diese zur fraglichen Straftat angestiftet. Das Obergericht sprach den Journalisten dementsprechend schuldig und verurteilte ihn zu einer Busse von Fr. 500.-, bedingt vorzeitig löschar bei einer Probezeit von einem Jahr.²⁶

Gegen den Entscheid des Obergerichts wurde zum einen Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht, zum anderen aber auch Nichtigkeitsbeschwerde ans Kassationsgericht des Kantons Zürich gemäss § 430 StPO-ZH geführt.²⁷ Sowohl das Kassationsgericht als auch das Bundesgericht wiesen die Beschwerde ab.

dd. Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte²⁸

Gegen den Entscheid des Bundesgerichts ist mit Schreiben vom 29. November 2001 beim EGMR Beschwerde erhoben worden. Es wird darin eine Verletzung der in Art. 10 EMRK statuierten Presse- und Medienfreiheit gerügt. Diese werde durch die strenge Auslegung des Tatbestandes der Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung übermässig beeinträchtigt, da sie die einschränkenden Voraussetzungen des Abs. 2 der genannten Bestimmung übersteige.²⁹ Im Übrigen werden zur Begründung der Konventionsverletzung vor allem die aus der Presse- und Medienfreiheit fliessenden Berufspflichten des Journalistenstandes und die mittelbare Verletzung des Quellenschutzes³⁰ angeführt.

Die Beschwerde ist derzeit beim EGMR hängig.

AJP 2003 S. 892, 896

21 Vgl. Urteil vom 12.1.1999 (U/GG980913), zusammenfassend wiedergegeben in: *medialex* 1999, 120.

22 Vgl. auch BGE 127 IV 122, 125 f., E. 1a.

23 Vgl. das Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7.9.1999 (S/U/O/SB990251/gk).

24 Vgl. Urteil des Obergerichts (FN 23), 13 ff., E. 3b/bb und E. 3b/cc.

25 Vgl. Urteil des Obergerichts (FN 23), 16 ff., E. 5.

26 Vgl. BGE 127 IV 122, 126, E. 1b.

27 Die Gabelung des Rechtswegs ergibt sich einerseits aus der eingeschränkten Kognition des Bundesgerichts (blosse Rechtskontrolle) sowie andererseits im Falle der Willkür (hier ist die Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht ausgeschlossen; vgl. hierzu Schmid, Rz. 1116) aus der Subsidiarität der staatsrechtlichen Beschwerde gegenüber kantonalen Rechtsmitteln.

28 Vgl. hierzu auch NZZ vom 25.1.2002, Im Umfeld des Postraubes - Beschwerde des "Blick"-Reporters am Europäischen Gerichtshof, 41.

29 Vgl. insbesondere Beschwerde EGMR, 10.

30 Gemäss Beschwerde EGMR (6 f.) hatte die Einleitung des Verfahrens wegen Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung eine Hausdurchsuchung beim Angeklagten zur Konsequenz.



B. Die am Entscheid geübte Kritik

aa. Vorbemerkung

Der Bundesgerichtsentscheid ist vor allem von medialer Seite her scharf kritisiert worden. Dabei wird insbesondere der Auffassung des Bundesgerichts, die blosser Frage des Journalisten stelle in objektiver Hinsicht bereits eine Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung dar, mit Unverständnis³¹ begegnet. Es gehöre zum täglichen Handwerk des Reporters, Fragen zu stellen, wobei dies auch des Öfteren gegenüber Amtsstellen erfolge.³² "Man dürfe ja wohl noch fragen dürfen".³³ Ausserdem sei die höchstrichterliche Rechtsprechung einem seriösen Journalismus, der Informationen von dritter Seite bei der zuständigen Behörde zu verifizieren sucht, durchaus abträglich.³⁴ Dabei werden jedoch kaum³⁵ juristische Argumente ins Feld geführt.

Auch in der Lehre rief der Entscheid etliche Reaktionen hervor, welche den bundesgerichtlichen Richterspruch einer eingehenderen rechtlichen Prüfung unterzogen und ihn teilweise auch sehr einlässlich kritisierten.

In der vorliegenden Arbeit kann selbstverständlich nur die juristische Kritik Berücksichtigung finden. Diese soll nun im Folgenden dargestellt werden. Dabei soll die Kritik thematisch gegliedert und grundsätzlich dem Aufbau des Bundesgerichtsentscheids folgend dargelegt werden.

bb. Die Kritik in Bezug auf den objektiven Tatbestand der Anstiftung gemäss Art. 24 Abs. 1 StGB

Die schärfste Kritik erfuhr die höchstrichterliche Rechtsprechung in Bezug auf die Interpretation der Tathandlung des Bestimmens resp. der dazu verwendeten Tatmittel im objektiven Tatbestand der Anstiftung gemäss Art. 24 Abs. 1 StGB. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts könne nicht jedwedes Verhalten, das im Täter den Tatentschluss hervorrufen könne, ein für die Tathandlung des Bestimmens erforderliches motivierendes Tun darstellen.³⁶ Franz Riklin wendet ein, dass in der juristischen Literatur der Anstifter als intellektueller Urheber bezeichnet werde, was an sich bereits nahelege, dass es sich bei der Anstiftungshandlung um eine psychische Beeinflussung handeln müsse, welche die Widerstände des Anzustiftenden zu überwinden trachte.³⁷ Er beruft sich dabei auf Claus Roxin³⁸, der im strittigen Entscheid in diesem Zusammenhang ebenfalls zitiert wird. Dieser setzt sich an der angegebenen Stelle mit einem Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes³⁹ auseinander, in dem es gerade darum ging, ob bereits durch blosses Fragen angestiftet werden könne. Der Bundesgerichtshof hielt dabei fest, dass eine Anfrage nur dann als Anstiftungshandlung gelten könne, wenn ihr auffordernder Charakter zukäme.⁴⁰ Nach Riklin gehe Roxin aber noch weiter: Der Entscheid des Bundesgerichtshofes lasse die gebotene Differenzierung vermissen. Ob eine Frage nämlich als Anstiftung zu qualifizieren sei, müsse sich aus dem Kontext der Situation ergeben. Käme ihr lediglich informatorischer Charakter zu, so sei sie selbst dann keine Anstiftung, wenn sie einen

31 Vgl. Studer II.

32 Vgl. Schwaibold.

33 NZZ vom 6.6.2001, Sündige Fragen, 18.

34 Vgl. NZZ (FN 33).

35 Mit Ausnahme von Peter Studer (vgl. Studer I und Studer II) und Matthias Schwaibold (vgl. Schwaibold).

36 "'Bestimmen' setzt jedoch mehr voraus als blosses Fragen" (Studer I).

37 Vgl. Riklin II, 163.

38 Roxin I, N 58 und 60.

39 Urteil vom 29.5.1979 (5 StR 147/79), auszugsweise publiziert in: Goldammer's Archiv für Strafrecht, Bd. 127 (1980), 183 f. Der deutsche Bundesgerichtshof hatte dabei zu entscheiden, ob der Angeklagte, nachdem er eine Frau vergewaltigt hatte, einen daneben stehenden Mann fragte, ob er auch noch wolle, wodurch dieser sich veranlasst sah, die Frau ebenfalls zu vergewaltigen.

40 Im zu beurteilenden Fall hielt der deutsche Bundesgerichtshof dies für gegeben (vgl. Urteil vom 29.5.1979 (FN 39), 184).



Tatentschluss auslöse.⁴¹ Peter Studer fordert daher, dass eine strafbare Anstiftung über die blossе Frage hinausgehende Motivierungen wie charmierendes Überreden oder unwiderstehliche Geldversprechen voraussetzen müsse.⁴²

Dieselben Bedenken äussert zunächst auch Felix Bommer in seiner sehr eingehenden Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.⁴³ Auch das Bundesgericht anerkenne, dass derjenige, der lediglich eine Situation schaffe, in der sich ein anderer voraussichtlich zur Verübung einer Straftat entschlossen werde, nicht als Anstifter gelte.⁴⁴ Dies bedeute, dass nicht beliebige Mittel die objektive Seite der Anstiftung zu erfüllen vermögen.⁴⁵ Bommer pflichtet dem Bundesgericht zwar bei, die Umweganstiftung zu Recht vom Tatbestand des Art. 24 StGB auszuschliessen. Implizit stellt er jedoch die vom Bundesgericht getroffene Differenzierung in Frage, wonach der qualitative Unterschied zwischen der Frage als strafbarer Anstiftung und der straflosen Schaffung einer zur Straftat verleitenden Situation darin bestehen solle, dass die "Bestimmung" zur Straftat im ersten Fall durch direkte mündliche oder schriftliche Kommunikation erfolge.⁴⁶

Bommers eigentliche Kritik am Bundesgerichtsentscheid setzt aber an einem anderen Punkt an: Um im Rahmen der Anstiftung das strafbare Verhalten vom straflosen scheiden zu können, müsse eine Beurteilung des in Frage stehenden Verhaltens unter dem Gesichtspunkt der Schaffung eines unerlaubten Risikos erfolgen. Nur wer durch sein Verhalten ein unerlaubtes Risiko verwirkliche, könne überhaupt als Anstifter bestraft werden. Damit befinden wir uns auf dem Boden der modernen Lehre der objektiven Zurechnung des Erfolgs, wonach einem Verhalten die strafrechtliche Relevanz

AJP 2003 S. 892, 897

dann abgeht, wenn es sich als "ein sozial allgemein akzeptiertes Risiko"⁴⁷ qualifizieren lässt.⁴⁸ Dies sei im Übrigen im Bereich der anderen Form der Teilnahme, der Gehilfenschaft, schon längst anerkannt: In bestimmten Fällen scheidet Gehilfenschaft auf Grund des alltäglichen resp. sozialadäquaten Charakters der Tathandlung aus.⁴⁹ Diesen Ansatz gelte es nun auf Grund seiner allgemeinen Natur auch für die Anstiftung fruchtbar zu machen.⁵⁰

Bommer bringt aber auch noch einen anderen Kritikpunkt aufs Tapet: den Gedanken der Selbstverantwortung.⁵¹ Ist es nicht Sache der angefragten Behörde, über die Geheimnisqualität der erbetenen Information zu entscheiden?⁵² Ist die Auskunftsfreudigkeit der Beamtin dem Journalisten wirklich als Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung anzurechnen? Das ist es auch, was Riklin an BGE 127 IV 122 irritiert: Das Bundesgericht habe so "getan, als ob die Zürcher Staatsanwaltschaft mehr oder weniger zum Opfer des fragenden Journalisten geworden sei"⁵³, was doch

41 Roxin I (FN 38).

42 Vgl. Studer I.

43 Vgl. Bommer, 34 ff.

44 Sog. Umweganstiftung. Vgl. BGE 127 IV 122, 127, E. 2b/aa.

45 Bommer, 34.

46 Bommer, 35.

47 Seelmann, 35.

48 Man spricht teilweise auch vom Gesichtspunkt der sog. Sozialadäquanz. Vgl. FN 93.

49 So sind etwa Waffengeschäfte allgemein toleriert. Obwohl die Verkäufer damit rechnen müssen (und zum Teil auch in Kauf nehmen oder sich dieser Tatsache gegenüber zumindest gleichgültig stellen), dass mit den von ihnen veräusserten Waffen Menschen verletzt oder getötet werden, sind sie für ihr Verhalten nicht strafbar.

50 Bommer, 36.

51 Vgl. hierzu Bommer, 37 ff.

52 Dies möge zwar - so Bommer - an die überholte Auffassung, wonach der anstiftende Extraneus straflos sei, erinnern, doch gehe es unter diesem Gesichtspunkt nicht um die grundsätzliche Strafbefreiung des anstiftenden Extraneus, sondern um die Notwendigkeit der Abgrenzung von Verantwortungsbereichen (Bommer, 38).

53 Riklin III, 105. Vgl. auch Riklin II, 163.



"eine sehr einseitige Optik"⁵⁴ sei. So kommt er zusammenfassend zum Schluss: "Es verstrichen drei Stunden zwischen Anfrage und Antwort! Die Zürcher Staatsanwaltschaft als oberste Strafverfolgungsbehörde des grössten schweizerischen Kantons muss sich so organisieren, dass intern klar ist, wer mit einem Passwort Register konsultieren und Medienfragen beantworten darf. Man kann doch den Journalisten nicht für eine unzulängliche Organisation verantwortlich machen, die den Fragesteller dem Risiko aussetzt, dass er auf eine schlecht instruierte Person stösst, die möglicherweise nicht auskunftsberechtigt ist, aber trotzdem informiert."⁵⁵

Bommer fordert daher unter Berufung auf Roxin⁵⁶ eine gewisse Intensität der Anstiftungshandlung, die sich auf die Lehre von den Verantwortungsbereichen abstützen liesse, sodass eine Anstiftung jedenfalls dann auszuschneiden hätte, "wenn eine blosser Frage ohne weitere motivierende Elemente wie erkennbaren Druck, Täuschung oder das Versprechen einer Gegenleistung (allein) dafür ursächlich ist, dass beim Angefragten der Tatentschluss entsteht".⁵⁷ Diese Argumentation wird insoweit verfeinert, indem gerade bei den Sonderdelikten - im Unterschied zu jenen, welchen eine besondere Täterqualifikation abgeht - eine grundsätzliche Zuordnung von Verantwortungsbereichen bereits durch den Gesetzgeber getroffen worden sei: Der nicht Sonderpflichtige, der sich ohne Mithilfe eines Intra-neus Zugang zu einem Amtsgeheimnis verschafft, ist nicht strafbar. Er sei daher dem Amtsgeheimnis nicht verpflichtet und trage damit grundsätzlich auch keine Verantwortung dafür. D.h. also, dass die Beschränkung der möglichen Anstiftungshandlungen auf solche, die ein bestimmtes Mass an Intensität überschreiten, gestützt auf die Lehre von den Verantwortungsbereichen jedenfalls dort berechtigt sei, wo es sich um (echte) Sonderdelikte handle. Denn in ihnen widerspiegle sich "eine Sonderverantwortung für den entsprechenden Lebensbereich, die negiert, wer die blosser Frage als Anstiftungsmittel genügen lässt. Kurz: Die strafrechtliche Haftung des Journalisten für die Anfrage bürdet diesem eine kommunikative Verantwortung für einen Aufgabenbereich auf, die ihm nicht zukommt".⁵⁸

cc. Die Kritik in Bezug auf die Geheimnisqualität der weitergegebenen Informationen

Mitunter wurde auch an dem vom Bundesgericht vertretenen Geheimnisbegriff, resp. an der Subsumtion der von der Verwaltungsassistentin erhaltenen Information unter diesen, Kritik geübt, jedoch in weitaus geringerem Umfang und zum Teil auch in sich widersprechender Weise. So anerkennt Studer die grundsätzliche Richtigkeit der Elastizität des Geheimnisbegriffs an, wonach Vorstrafen nach einem gewissen Zeitraum der "Vergessenheit" im Interesse der Resozialisierung und - bei Wiederholungstätern - der Wahrung der Unschuldsvermutung als geheim anzusehen seien.⁵⁹ Er bezweifelt allerdings, ob die auf dem Fax vermerkten Grobbezeichnungen der Delikte⁶⁰ als Auszüge aus dem Strafregister im Sinne des Art. 363 StGB zu qualifizieren seien.⁶¹ Auch Matthias Schwaibold billigt der Vorstrafe Geheimnisqualität zu, soweit sie längere Zeit zurückliege. Er moniert allerdings, dass wenn jemand keine Vorstrafen aufweise, dies dann umgekehrt nicht unter das Amtsgeheimnis fallen könne. Dementsprechend könne die Frage, ob bestimmte Personen vorbestraft seien, keine Anstiftung zur Verletzung des Amtsgeheimnis sein, da darauf eine straflose Antwort möglich sei, indem diejenigen Personen benannt würden, die nicht vorbestraft seien.⁶² Riklin hält zwar die bundesgerichtliche Theorie von der Elastizität des Geheimnisbegriffs ebenfalls für möglicherweise zutreffend, bemängelt jedoch, dass im konkret zu beurteilenden Fall gar nie abgeklärt

⁵⁴ Riklin III, 105.

⁵⁵ Riklin II, 163.

⁵⁶ Roxin II, § 11 Rz. 111 ff. betreffend die Lehre von den Verantwortungsbereichen.

⁵⁷ Bommer, 38.

⁵⁸ Bommer, 38.

⁵⁹ Studer I.

⁶⁰ "BetmG" für "Betäubungsmitteldelikte", "a.D." für "andere Delikte" und "n.g." für "nicht gefunden".

⁶¹ Studer I.

⁶² Vgl. Schwaibold.

AJP 2003 S. 892, 898

wurde, ob die einzelnen Vorstrafen auf Grund der verstrichenen Zeit seit der jeweiligen Urteilsfällung und ihrer damaligen Publizität tatsächlich in Vergessenheit geraten und damit zu Geheimnissen geworden sind.⁶³

Einen anderen Kritikpunkt sieht Riklin noch darin, dass derzeit zwar (noch) kein eigentlicher Informationsanspruch der Medien existiere, aber nach dem Grundsatz der "Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt" es die Behörden seien, welche über Ausnahmen von der Geheimhaltung selbst entschieden.⁶⁴ "Dies muss doch wohl auch dann gelten, wenn diese nicht proaktiv, sondern reaktiv informieren, gestützt auf Anfragen von Journalisten."⁶⁵

dd. Die Kritik in Bezug auf den subjektiven Tatbestand der Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung gemäss Art. 320 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 StGB

Die Frage, ob der "Blick"-Reporter bei der angeblichen Anstiftung zur Verletzung des Amtsgeheimnisses auch vorsätzlich gehandelt habe, wird von den Kritikern ebenfalls in Zweifel gezogen. Riklin weist auf den Wertungswiderspruch des Bundesgerichts hin, wonach dem Journalisten einerseits als erfahrenen Gerichtsberichterstatter nicht habe entgehen können, dass insbesondere personenbezogene Angaben aus Untersuchungs- und Gerichtsverfahren Geheimnisqualität hätten. Andererseits könne er sich aber auch nicht auf die Vorstellung berufen, wonach seinerzeit in den Medien berichtet worden sei und das öffentliche Interesse an Information das Geheimhaltungsinteresse der Betroffenen überwiege, da dies Überlegungen seien, die der Laie nicht anstelle. Das eine Mal sei der Reporter ein erfahrener Profi, das andere Mal ein blutiger Laie.⁶⁶

Unabhängig von diesem von Riklin monierten Wertungswiderspruch bei der Begründung des Eventualvorsatzes des Journalisten wird noch ein weiterer Punkt kritisiert, der gewissermassen eine Art Spiegelbild des Gedankens der Selbstverantwortung im subjektiven Tatbestand darstellt und der vom Bundesgericht unbeachtet geblieben sei: Der fragende Reporter müsse sich nämlich darauf verlassen dürfen, "dass eine 'auf der andern Seite der Barriere' wirkende Staatsdienerin besser als er abschätzen könne, was sie herausgeben (dürfe) und was nicht".⁶⁷ Der Journalist mache sich im Falle des blossen Fragens auch Vorstellungen darüber, in wessen Verantwortungsbereich der Entscheid über die Auskunftserteilung falle. Er handle gewissermassen mit dem inneren Vorbehalt, nur Auskünfte zu erhalten, zu deren Erteilung sein Gegenüber befugt ist, bzw. mit dem Bewusstsein, dass die Verantwortung der unzulässigen Informationserteilung der beamteten Person zufalle, da es dieser obliege, zu erteilende Auskünfte auf ihre Geheimnisqualität hin zu überprüfen.

ee. Die Kritik in Bezug auf die Ablehnung von Rechtfertigungsgründen, insbesondere der Wahrung berechtigter Interessen

Nach Riklin hätte der Fall "aber auch auf der Rechtfertigungsebene einer befriedigenderen Lösung zugeführt werden können".⁶⁸ Im Vordergrund der Diskussion steht dabei der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter

⁶³ Vgl. Riklin II, 162 f. Das Bundesgericht hätte die Sache demnach zur diesbezüglichen Sachverhaltsabklärung zurückweisen oder - wie das die erste Instanz tat - gemäss dem Grundsatz "in dubio pro reo" vom fehlenden Geheimnischarakter der Vorstrafen ausgehen müssen, soweit der diesbezügliche Sachverhalt nicht festgestellt werden konnte.

⁶⁴ Vgl. Riklin II, 163.

⁶⁵ Riklin II, 163.

⁶⁶ Riklin II, 163.

⁶⁷ Studer I.

⁶⁸ Riklin II, 163.

Interessen⁶⁹, insbesondere die Berufung auf die Medienfreiheit nach Art. 17 BV und Art. 10 EMRK. Nach Riklin würden durch die Kriminalisierung des normalen Akts der Erkundigung die aus verfassungsrechtlicher Sicht geschützten Recherchen in unerträglicher Weise erschwert, sodass dadurch die blossе Anfrage des Journalisten, die zu einer Verletzung des Amtsgeheimnisses führt, gestützt auf die Wahrung des berechtigten Interesses der Medienfreiheit gerechtfertigt sein müsse.⁷⁰ Dies gelte umso mehr, als die mit der Medienfreiheit strukturell zusammenhängende Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 3 BV, Art. 10 EMRK) ebenfalls von der Verfassung geschützt wird.⁷¹ Dabei sei des Weiteren zu berücksichtigen, dass § 34 StPO-ZH die Strafverfolgungsbehörden gerade im Hinblick auf die von Verfassungs wegen gewährleistete Informationsfreiheit im Falle überwiegender Interessen zur Orientierung der Öffentlichkeit ermächtigt.⁷²

Dem gleichen Ziel dient der in Art. 27bis StGB festgehaltene Quellenschutz. Der Medienschaffende ist im Interesse der Medien- und Informationsfreiheit grundsätzlich auch dann nicht zur Preisgabe seiner Informationsquellen verpflichtet, wenn sich seine Informanten strafbar gemacht haben sollten. Ausserdem dürfen in solchen Fällen auch keine strafprozessualen Zwangsmassnahmen gegen sie ergriffen werden. Eine Pönalisierung der blossen Frage als Anstiftung zur Verletzung des Amtsgeheimnisses führe daher zu einer Aushöhlung des Quellenschutzes und sei damit unzulässig.⁷³

Schliesslich ist anzumerken, dass die vom Bundesgericht vertretene Auffassung⁷⁴, wonach eine Rechtfertigung gemäss

AJP 2003 S. 892, 899

Art. 32 StGB auf Grund bestehender journalistischer Berufspflichten ausser Betracht falle, in der Literatur nicht beanstandet wurde. Insoweit kann auf weitere Ausführungen verzichtet werden.

C. Eingrenzung der Analyse der am Entscheid geübten Kritik

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass auf Ausführungen zur fehlenden Erwähnung der strafbegründenden Merkmale in Art. 26 StGB aus dem Grund verzichtet wird,⁷⁵ dass nicht Gegenstand der Analyse sein kann, was gar nicht thematisiert worden ist, auch wenn es sich dabei um eine Problematik handelt, die häufig im Zusammenhang mit der Anstiftung zum echten Sonderdelikt diskutiert wird.

Des Weiteren drängt sich hier eine zweite Themenbegrenzung in Bezug auf die Diskussion um die Geheimnisqualität der weitergegebenen Informationen auf. Wie unter lit. B.cc. hievordargelegt wurde, beschränkt sich die Kritik am bundesgerichtlichen Entscheid im Wesentlichen auf die Frage, inwieweit sich die gemäss Art. 16 BV und Art. 10 EMRK gewährleistete Informationsfreiheit auf den Umfang des Amtsgeheimnisses auswirke. Die These der Elastizität des Geheimnisbegriffs, wonach öffentlich bekannte Tatsachen durch Zeitablauf zu Geheimnissen werden können, wird von allen Kommentatoren als zutreffend anerkannt und lediglich teilweise in tatsächlicher Hinsicht in Frage gestellt. Ebenfalls nicht

⁶⁹ Es handelt sich dabei um eine notstandsähnliche Situation, die sich vom gewöhnlichen Notstand nach Art. 34 StGB dadurch unterscheidet, dass nicht die drohende Verletzung des einen Rechtsgutes mit der Verletzung des anderen Rechtsgutes abgewendet wird, sondern dass dem Einzelnen zuerkannte Rechte, namentlich Freiheitsrechte, insoweit in Kollision mit einem geschützten Rechtsgut gelangen, als das in Frage stehende Recht nur unter Verletzung des geschützten Rechtsgutes wahrgenommen werden kann.

⁷⁰ Vgl. Riklin II, 163.

⁷¹ Studer I.

⁷² Vgl. Riklin II, 163. Vgl. hiezu auch Hauser/Schweri, § 52 Rz. 7.

⁷³ Vgl. Riklin I, 113 f. sowie NZZ vom 15.10.1999, 17.

⁷⁴ Vgl. BGE 127 IV 122, 134, E. 5b.

⁷⁵ Es handelt sich dabei um die stossende Privilegierung des Anstifters zum unechten Sonderdelikt gegenüber demjenigen, der zum echten Sonderdelikt anstiftet. Dieses Problem soll mit der AT-Revision (vgl. hiezu BBl 1999 III, 2012 ff.) im Sinne der bereits in der Lehre vertretenen Strafmilderungslösung entschärft werden (vgl. nur Stratenwerth, § 13 Rz. 143 f., mit weiteren Hinweisen).



bestritten wird der Umstand, dass es nicht in den Aufgabenbereich der Assistentin gehöre, über Vorstrafen zu informieren⁷⁶, sodass die Subsumtion der preisgegebenen Informationen als Amtsgeheimnisse unter rechtlichen Gesichtspunkten nicht in Zweifel gezogen wird. Infolgedessen stellt sich der Problemkreis des Spannungsverhältnisses zwischen Informationsfreiheit und Amtsgeheimnis vorliegend als ein Problem des Vorsatzes dar. Eine Thematisierung hat dementsprechend unter diesem Blickwinkel zu erfolgen.

2. Teil: Analyse der am Entscheid geübten Kritik

A. Der objektive Tatbestand der Anstiftung gemäss Art. 24 Abs. 1 StGB

aa. Grundlagen

Die Anstiftung setzt im objektiven Tatbestand gestützt auf die zu Art. 26 StGB entwickelte und inzwischen herrschende Unrechtsteilnahmetheorie⁷⁷ eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Haupttat als Taterfolg voraus.⁷⁸

Die Tathandlung besteht darin, dass der Anstifter beim Angestifteten den Entschluss zur Tatbegehung hervorruft, d.h. ihn zur Tat "bestimmt".⁷⁹ Dabei kommen beliebige Tatmittel in Betracht. Neben Drohung oder Täuschung kann eine Anstiftung aber auch durch blosses Bitten oder Überreden erfüllt werden. Erforderlich ist jedoch stets, dass es sich dabei um eine psychische Beeinflussung handelt. Wer lediglich eine Situation schafft, in der sich ein anderer, wie man voraussieht, zum Delikt entschliessen wird, ist grundsätzlich straflos.⁸⁰ Die sog. Umweganstiftung scheidet damit aus.

Weitere Elemente sind im objektiven Tatbestand nicht vorausgesetzt.

bb. Die Tathandlung des Bestimmens

Wie unter 1. Teil: B.bb. hievor dargelegt, wird vor allem die Auffassung des Bundesgerichts kritisiert, wonach jegliches motivierendes Verhalten bereits als Anstiftungshandlung genügen soll, soweit dadurch beim Angestifteten der Tatentschluss hervorgerufen wird. Es müssten diesbezüglich stattdessen bereits Einschränkungen im objektiven Tatbestand gemacht werden. Die anstifterische Handlung müsse eine psychische Beeinflussung darstellen, welche die Widerstände des Anzustiftenden zu überwinden trachte. Dabei beruft man sich auf Roxin⁸¹, wonach eine blosser Frage jedenfalls dann bereits objektiv kein Bestimmen darstelle, wenn ihr aus dem Kontext der Situation heraus lediglich informatorischer Charakter zukomme.

In Bezug auf die Zitierung von Roxin trifft es zwar zu, dass er den Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofes⁸² als zu wenig differenziert bezeichnet und festhält, dass der Qualifikation der blossen Frage als Anstiftungsmittel auffordernder Charakter zukommen, sie mithin also aus dem Kontext heraus als Aufforderung verstanden werden müsse.⁸³ Doch hilft dies hier nicht weiter, da Roxin zum einen klar festhält, dass Fragen mit aufforderndem Charakter ohne weiteres eine Anstiftung darstellen würden⁸⁴, und zum anderen die Frage, ob der blossen Anfrage des Journalisten aus dem Kontext heraus auffordernder Charakter zukam oder nicht, eine solche tatsächlicher Natur ist, worüber vorliegend lediglich spekuliert werden kann.

AJP 2003 S. 892, 900

⁷⁶ Vgl. Riklin II, 163.

⁷⁷ Prinzip der limitierten Akzessorietät der Teilnahme.

⁷⁸ Vgl. Stratenwerth, §13 Rz. 91 f.; Seelmann, 110.

⁷⁹ Vgl. Stratenwerth, §13 Rz. 93 ff.; Seelmann, 124 ff.

⁸⁰ Vgl. Stratenwerth, §13 Rz. 96 ff.; Seelmann, 124 ff.

⁸¹ Vgl. Roxin I, N 58 und 60, der im gleichen Zusammenhang auch im kritisierten Entscheid zitiert wird.

⁸² Vgl. FN 39.

⁸³ Vgl. Roxin I, N 60.

⁸⁴ Vgl. Roxin I, N 58.



Mit Verweis auf BGE 116 IV 1⁸⁵ widerspricht das Bundesgericht der Auffassung, dass es zur Anstiftung der Überwindung von Widerständen bedarf, da man sich ansonsten der strafrechtlichen Verantwortung entziehen könnte, indem man einen Auftragskiller engagiere. Es müsse daher vielmehr jede psychische Einflussnahme genügen. Insoweit scheint die Auffassung des Bundesgerichts zu überzeugen. Allerdings fragt man sich dann, warum die Umweganstiftung⁸⁶, die m.E. auch eine psychische Beeinflussung darstellt, von der Strafbarkeit ausgenommen wird. Es leuchtet nämlich nicht ein, dass eine psychische Einflussnahme nur in Wort oder Schrift erfolgen könne. Wenn im Ergebnis derjenige, der in einem Brief eine Situation beschreibt, die - wie er weiss - den Adressaten des Briefes dazu bewegen wird, seine Frau umzubringen, strafbar sein soll, hingegen derjenige nicht, der die genau gleiche Situation nicht beschreibt, aber kommentarlos auf einer Foto dargestellt an den Ehemann versendet, kann von der Sache her kaum überzeugen. Der Grund für die Ausscheidung der Umweganstiftung von der Strafbarkeit liegt daher nicht darin, dass sie keine psychische Beeinflussung darstellt. Denn jede in der Absicht geschaffene Situation, einen anderen zur Verübung einer Straftat zu veranlassen, soll notwendigerweise auch einen Erklärungswert vermitteln. Dadurch, dass die Situation vom Umweganstifter geschaffen wurde, stellt sie eine zwar indirekte, aber doch psychische Beeinflussung dar, die sich insoweit nicht mehr vom Brief unterscheidet.⁸⁷ Der Ausschluss der Umweganstiftung von der Strafbarkeit erscheint unter diesem Gesichtswinkel vielmehr als Versuch, dem allgemeinen Prinzip der Selbstverantwortung Rechnung zu tragen.⁸⁸ Die Reichweite dieses Prinzips soll nun im Folgenden⁸⁹ untersucht werden.⁹⁰

cc. Die objektive Zurechnung des Erfolgs

a. Bommer⁹¹ hat die Frage aufgeworfen, ob der höchstrichterliche Entscheid nicht den Umstand ausser Acht gelassen habe, dass vom Tatbestand der Anstiftung diejenigen Handlungen auszuschneiden seien, die kein unerlaubtes Risiko schaffen würden resp. als sozialadäquat zu betrachten seien. Er kommt in einem ersten Schritt zum Schluss, dass der Fall des fragenden Journalisten gestützt auf die allgemeinen Kriterien der Verwirklichung eines unerlaubten Risikos unter dem Gesichtspunkt der objektiven Zurechnung des Erfolgs prima facie zu einer Bejahung der Anstiftungshandlung im Sinne des Gesetzes führen müsse. Als Kriterien für die Scheidung des erlaubten Risikos vom unerlaubten müsse sich nämlich in den Konstellationen der Art der vorliegenden die Antwort auf die Frage einerseits als eine sinnhafte Reaktion darstellen, und andererseits müsse der Sinngehalt der Frage auf die Begehung einer Straftat abzielen.⁹²

Dennoch lohnt es sich hier, den Gedanken der Sozialadäquanz⁹³ noch in anderer Hinsicht weiterzuverfolgen: Der deutsche Bundesgerichtshof definiert sozialadäquates Verhalten als das "übliche, von der Allgemeinheit gebilligte und daher in strafrechtlicher Hinsicht im sozialen Leben gänzlich unverdächtige, weil im Rahmen

85 Und damit indirekt auf Stratenwerth, § 13 Rz. 97.

86 Vgl. hierzu auch Bommer, 34 f.

87 Ebenfalls gegen diese Unterscheidung zwischen strafloser Umweganstiftung (deren Charakteristik im fehlenden Bewusstsein des Angestifteten, angestiftet worden zu sein, bestehe) und strafbarer psychischer Beeinflussung: Bloy, 328 f. Er scheint allerdings zum gegenteiligen Schluss zu kommen, wonach Anstiftung im Wege der Situationsarrangements ebenfalls strafbar sein soll.

88 So implizit wohl auch Schumann, 52.

89 Vgl. vor allem lit. cc.b hienach.

90 In eine ähnliche Richtung argumentiert auch Bommer, 41, FN 28.

91 Vgl. FN 43.

92 Vgl. Bommer, 36. Er gibt dem Bundesgericht bis zu diesem Punkt also Recht. Allerdings zieht er unter Berufung auf die Lehre von den Verantwortungsbereichen letztlich den gegenteiligen Schluss.

93 Der Begriff wird nicht immer einheitlich verwendet: Zum Teil wird er ganz oder weitgehend mit dem Begriff des erlaubten Risikos gleichgesetzt (so z.B. Seelmann, 35), teilweise wird auch als Oberbegriff derjenige des erlaubten Risikos verwendet. Vgl. zum Ganzen: Roxin II, § 11 Rz. 59 ff.



der sozialen Handlungsfreiheit liegende Verhalten"^{94,95} Roxin⁹⁶ unterscheidet dabei zwei Gruppen: Die erste Gruppe umfasst die Fälle des erlaubten Risikos im Sinne des "verkehrsüblichen und generell gestatteten Risikos"⁹⁷ unter "Beachtung der dafür geltenden Regeln"^{98,99} Die zweite Gruppe, von der hier die Rede sein soll, "betrifft die Ausscheidung geringfügiger sozial allgemein tolerierter Handlungen aus dem Tatbestand"¹⁰⁰. Diese Gruppe dürfte sich mit dem in BGE 119 IV 301 angetönten Begriff der Sozialadäquanz decken.¹⁰¹ Eser¹⁰² versucht, Roxins Begriff der Sozialadäquanz im Rahmen dieser zweiten Gruppe zu konkretisieren. Dabei hält er zum einen die Üblichkeit und den gesellschaftlichen Gewohnheitscharakter des in Frage stehenden Verhaltens, sowie zum anderen, dass dieses "normativ als billigenswert oder jedenfalls als gesellschaftlich tolerabel angesehen wird"¹⁰³, als massgebende Kriterien fest. Wendet man die

AJP 2003 S. 892, 901

so erarbeiteten Kriterien sozialadäquaten und damit straflosen Verhaltens auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt an, so kommt man leicht zu der Einsicht, dass die bloss an eine Behörde gerichtete Frage sich durchaus im Rahmen des sozial Adäquaten bewegt: Auf der einen Seite ist kaum eine geringfügigere Handlung denkbar, die einen Deliktsentschluss beim Adressaten bewirken könnte, sodass sie auch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wohl als bagatellhaft zu qualifizieren wäre. Auf der anderen Seite handelt es sich dabei auch um ein von der Allgemeinheit gebilligtes Verhalten, das sich nicht nur auf einen Einzelnen oder eine vereinzelte Gruppe¹⁰⁴ beschränkt. Denn es dürfte wohl der Logik der allermeisten Menschen - und nicht nur derjenigen der Journalisten - entsprechen, dass man einfach mal fragt, wenn man etwas wissen will.

b. Kehren wir nun aber zurück zum Postulat der Begrenzung der Anstiftung durch die Eigenverantwortlichkeit des Angestifteten, welches anhand der zur Umweganstiftung angestellten Überlegungen entwickelt wurde. Zunächst ist festzuhalten, dass diese Frage nicht mehr unter den Begriff des erlaubten Risikos fällt, sondern einen eigenständigen Gesichtspunkt der objektiven Zurechnung des Erfolgs darstellt.¹⁰⁵ Bislang fehlt es in der schweizerischen Strafrechtsdoktrin jedoch weitgehend an der Problematisierung des Gedankens der Eigenverantwortung im Allgemeinen und in Bezug auf diejenige des Angestifteten im Besonderen.¹⁰⁶ Aber auch in Deutschland ist die Lehre von den Verantwortungsbereichen nicht hinreichend ausgearbeitet.¹⁰⁷ Dennoch verdient dieser Ansatzpunkt gerade im konkret zu beurteilenden Fall eine nähere Betrachtung: Bommer vertritt unter Berufung auf Roxin die Auffassung, dass gestützt auf die Lehre von den Verantwortungsbereichen auf Grund der vom

94 BGHSt 23, 226, 228. In der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts findet sich ein einziger Entscheid, nämlich BGE 119 IV 301, in dem die Sozialadäquanz überhaupt auftaucht. Eine Definition dessen, was sozialadäquat sein soll, liefert das Bundesgericht nicht. Immerhin hält es fest, dass einem Verhalten nur sozialadäquater Charakter zukommen könne, wenn es sich im Rahmen des Bagatellhaften hält (vgl. 308, E. 3c/cc).

95 Vgl. hiezu auch Eser, 204 f.

96 Vgl. Roxin II, § 10 Rz. 38 ff.

97 Roxin II, § 10 Rz. 38. Darunter fällt etwa die Teilnahme am Schienen-, Strassen- oder Flugverkehr.

98 Vgl. FN 97.

99 Bei Roxin stellt das erlaubte Risiko also eine Untergruppe der Sozialadäquanz dar.

100 Roxin II, § 10 Rz. 40.

101 Vgl. FN 94.

102 Vgl. Eser, 210 f.

103 Eser, 211.

104 Vgl. Eser, 211.

105 Vgl. Roxin II, § 11 Rz. 90; Bommer, 37.

106 Vgl. Bommer, 40.

107 Vgl. Roxin II, § 11 Rz. 112.



Gesetzgeber getroffenen Zuordnung der Verantwortung für den amtlichen Geheimnisbereich eine gewisse Intensität der Anstiftung zu verlangen sei, jenseits derer der Bereich des selbst zu verantwortenden Handelns der Behörde liegt.¹⁰⁸ Namentlich hätte also die "blosse Frage ohne weitere motivierende Elemente wie erkennbarer Druck, Täuschung oder das Versprechen einer Gegenleistung"¹⁰⁹ als Tathandlung der Anstiftung auszuscheiden. Gerade hier zeige sich die Besonderheit der Anstiftung zu einem (echten) Sonderdelikt: Wer einen Anderen fragt, ob er einen Dritten unentgeltlich umbringe und dadurch einen Tatentschluss hervorruft, trage als Anstifter dieselbe Verantwortung für das Leben des Dritten wie der Angestiftete. Demgegenüber verhalte es sich beim (echten) Sonderdelikt gerade anders: In erster Linie trage der Sonderpflichtige die Verantwortung für das verletzte Rechtsgut. Dies komme darin zum Ausdruck, dass sich grundsätzlich nur der Sonderpflichtige für die Rechtsgutsverletzung strafbar macht.¹¹⁰

Nach Roxin besteht die Ratio der Zurechnungsausschliessung auf Grund der Lehre von den Verantwortungsbereichen darin, "dass bestimmte Berufsträger im Rahmen ihrer Kompetenz für die Beseitigung und Überwachung von Gefahrenquellen (...) zuständig"¹¹¹ und daher primär dafür verantwortlich sind.¹¹² "Die kriminalpolitisch sinnvolle Konsequenz einer solchen Kompetenzzuweisung ist es dann aber, den Erstverursacher von den Folgen zu entlasten, die durch ein schädigendes Verhalten des Berufsträgers herbeigeführt werden."¹¹³ Bei der Lehre von den Verantwortungsbereichen geht es mithin um die Zuordnung berufstypischer Risiken zum Verantwortungsbereich des Berufsträgers.¹¹⁴

Um eine solche Konstellation handelt es sich nun aber gerade auch bei dem die Amtsstelle bloss und ohne weitergehenden Druck anfragenden Journalisten. Es sind die Beamten, die zur Überwachung der Gefahr einer Amtsgeheimnisverletzung berufen resp. bei vorsätzlichem Handeln unter strafrechtlicher Sanktionierung verpflichtet sind. Die Auskunftserteilung an den Bürger gehört ohne Zweifel auch zu den regelmässigen Aufgaben der allermeisten Beamten. Die Gefahr, dass dadurch eine Amtsgeheimnisverletzung begangen wird, stellt ein berufstypisches Risiko dar, für das in erster Linie die beamtete Person die Verantwortung zu tragen hat. Diese Auffassung macht sich auch der Gesetzgeber zu eigen, indem er die Amtsgeheimnisverletzung gemäss Art. 320 StGB als echtes Sonderdelikt ausgestaltet hat. Die dargelegten Überlegungen, die sich, wie erwähnt, mit den vom Gesetzgeber getroffenen Wertungen decken, müssen daher insoweit Berücksichtigung finden, als die blosse Frage eine neutrale Äusserung in dem Sinne darstellt, wenn dadurch nicht auf die Entscheidungsfreiheit des Befragten eingewirkt wurde, ihm also der Entschluss zur Antwort ganz offensichtlich anheimgestellt bleibt.¹¹⁵

AJP 2003 S. 892, 902

B. Der subjektive Tatbestand der Anstiftung gemäss Art. 24 Abs. 1 StGB

¹⁰⁸ Vgl. Bommer, 38.

¹⁰⁹ Bommer, 38.

¹¹⁰ Vgl. Bommer, 38.

¹¹¹ Roxin II, § 11 Rz. 112.

¹¹² Zum Gedanken der Eigenverantwortlichkeit zur Begrenzung der Strafbarkeit des ersthandelnden Fahrlässigkeitstäters im Falle eines vorsätzlich handelnden Nachtäters vgl. Wehrle, § 14. Da sich das Erfordernis der Beherrschbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt und dasjenige der Tatherrschaft bei der Vorsatztat jedoch nicht ohne weiteres entsprechen, können die dort dargelegten Regeln für die hier beschäftigende Problemstellung nicht einfach übernommen werden (vgl. Wehrle, 59). Es wären dafür die von der Sache her gebotenen Anpassungen erforderlich, die jedoch im Rahmen der vorliegenden Arbeit zu weit führen würden und damit unberücksichtigt bleiben müssen.

¹¹³ Roxin II, § 11 Rz. 112.

¹¹⁴ Vgl. Roxin II, § 11 Rz. 114.

¹¹⁵ Vgl. Schumann, 52 f. Dieselben Fragen ergeben sich auch für die Situation des Anwalts im Rahmen seiner prozessualen Tätigkeit im Allgemeinen (v.a. in Form von Betrug oder der Verwendung von gefälschten Urkunden) und der Verteidigertätigkeit im Besonderen (Begünstigung, Beteiligung an einer Falschaussage, Urkundendelikte). Vgl. hierzu Riklin II, 163; zum Ganzen: Wohlers, 420 ff.



aa. Grundlagen¹¹⁶

Der subjektive Tatbestand enthält immer das Erfordernis des Vorsatzes. Je nach Tatbestand treten daneben noch besondere subjektive Merkmale, wie etwa eine unrechtmässige Bereicherungsabsicht, hinzu. Vorsatz liegt gemäss Art. 18 Abs. 2 StGB dann vor, wenn der Täter mit Wissen um sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale gehandelt hat und dies auch wollte. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er die exakte, juristisch korrekte Umgrenzung des objektiven Tatbestands erfasst, sondern dass er die vom Gesetz getroffenen Wert- bzw. Unwertentscheide in seiner eigenen Vorstellung nachvollzieht (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre).

Durch den Umstand, dass die Anstiftung eine tatbestandsmässige rechtswidrige Haupttat voraussetzt, muss sich der Anstiftervorsatz auf der einen Seite zunächst einmal auf diese erstrecken.¹¹⁷ Auf der anderen Seite muss sich der Vorsatz des Anstifters auf die beiden anderen objektiven Tatbestandsmerkmale der Anstiftung, das Bestimmen des Täters zur Tat und die Kausalität zwischen Handlung und Erfolg, richten. Man spricht insoweit vom doppelten Vorsatz des Anstifters.

bb. Der Wertungswiderspruch bezüglich des Vorsatzes des Journalisten

Nach Riklin¹¹⁸ überzeugt die Annahme eines Vorsatzes des "Blick"-Reporters durch das Bundesgericht nicht, da es seiner Subsumtion einen Wertungswiderspruch zugrunde lege. Namentlich würde die Bejahung zumindest eventualvorsätzlichen Vorgehens des Journalisten in Bezug auf die Geheimnisqualität von in amtliche Register eingetragenen Vorstrafen gestützt auf dessen langjährige Erfahrung als Gerichts- und Polizeiberichterstatter mit der Aussage des Bundesgerichts im Widerspruch stehen, wonach den in die betreffenden Register eingetragenen Vorstrafen auch dann grundsätzlich Geheimnisqualität zukomme, wenn man sich vorstellen könnte, dass "über sämtliche Vorstrafen (...) seinerzeit in den Medien berichtet worden sei, und dass (...) das öffentliche Interesse an der Information über die Vorstrafen (...) das Geheimhaltungsinteresse der Betroffenen überwiege"¹¹⁹, da dies Überlegungen seien, die der Laie nicht anstelle.

Darin scheint in der Tat ein gewisser Widerspruch zu liegen, allerdings nicht in rechtlicher, sondern in tatsächlicher Hinsicht. Im ersten Fall geht das Bundesgericht davon aus, die preisgegebenen Informationen seien grundsätzlich geheim.¹²⁰ Dies hätte der "Blick"-Reporter als erfahrener Polizei- und Gerichtsberichterstatter wissen müssen. Im zweiten Fall verhielte es sich gerade umgekehrt: Die von der Verwaltungsassistentin gemachten Angaben wären dem unter Öffentlichkeitsvorbehalt stehenden Bereich zuzuordnen. Allerdings schliesst das Bundesgericht die zweite Sachverhaltsvariante mit Erwägungen, die es erst weiter unten im Entscheid bringt, indirekt aus: In E. 5b/bb hält es nämlich in zutreffender Weise fest, dass das Interesse der wegen Verdachts der Beteiligung am Fraumünster-Postraub festgenommenen Personen an der Geheimhaltung ihrer Vorstrafen "jedenfalls in jenem Stadium des Verfahrens gewichtiger (war) als ein allfälliges Interesse der Öffentlichkeit an diesbezüglichen Informationen"¹²¹. Dadurch fällt der in tatsächlicher Hinsicht bestehende Widerspruch dahin, da das Bundesgericht in beiden Varianten von der grundsätzlichen Geheimnisqualität der offenbarten Angaben ausgeht, und dieser damit scheinbar ohne rechtliche Konsequenz bleibt.

¹¹⁶ Vgl. zum Ganzen: Stratenwerth, § 9 Rz. 55 ff. und § 13 Rz. 99 ff.; sowie Seemann, 39 ff. und 124.

¹¹⁷ Das bedeutet, dass der Anstifter zum einen um sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale der Haupttat, den Vorsatz des Täters, sowie um die Rechtswidrigkeit dessen Vorgehens wissen und zum anderen die Verwirklichung des tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Delikts durch den Täter auch wollen muss.

¹¹⁸ Vgl. Riklin II, 163.

¹¹⁹ BGE 127 IV 122, 131, E. 4c/aa.

¹²⁰ Die Angaben der Verwaltungsassistentin würden nach dem in der Schweiz geltenden Prinzip der Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt also in den geheimen Bereich fallen.

¹²¹ BGE 127 IV 122, 134, E. 5b/bb.



Die Weiterführung der Analyse des Entscheids zeigt aber, dass die Argumentation des Bundesgerichts auch in rechtlicher Hinsicht tiefgreifenden Einwänden unterliegt: Ginge man nämlich von der zweiten Sachverhaltsvariante aus, wonach die weitergegebenen Angaben nicht dem Geheimnisbereich zufließen, sondern unter dem Öffentlichkeitsvorbehalt¹²² stehen würden, so führt eine Parallelwertung in der Laiensphäre des Inhalts, dass in amtliche nicht öffentliche Register eingetragene Vorstrafen grundsätzlich geheim seien, selbst dann nicht zur Strafbarkeit des Journalisten, wenn er tatsächlich ein Laie wäre. In einem solchen Falle läge nämlich ein umgekehrter Subsumtionsirrtum¹²³ vor, der wie das Putativdelikt zur Straflosigkeit führt.

Das Bundesgericht hat aber noch ein Weiteres übersehen: Hatte sich nämlich der Journalist vorgestellt, dass es sich bei den von der Verwaltungsassistentin erhaltenen Angaben um solche handelte, die unter dem Öffentlichkeitsvorbehalt stünden, so hätte er sich in einem Sachverhaltsirrtum befunden¹²⁴, welcher gemäss Art. 19 Abs. 1 StGB zu seinen Gunsten

AJP 2003 S. 892, 903

hätte berücksichtigt werden müssen, was ebenfalls zu dessen Straflosigkeit geführt hätte. Ob die preisgegebenen Informationen tatsächlich unter dem Öffentlichkeitsvorbehalt standen, ist für die Beurteilung des Vorsatzes nicht relevant. Dass es sich vorliegend um einen Sachverhaltsirrtum und nicht um einen Verbotsirrtum handelt, zeigt sich daran, dass sich der Journalist über eine rechtliche Eigenschaft der Information¹²⁵, welche als solche ein objektives Tatbestandsmerkmal darstellt, geirrt hat, und nicht etwa darüber, die Weitergabe geheimer Informationen durch Amtspersonen sei erlaubt.¹²⁶

Dies hat selbst dann zu gelten, wenn man wie das Bundesgericht davon ausgeht, dass das Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und dem öffentlichen Informationsinteresse nicht den Tatbestand, sondern die Rechtswidrigkeit beschlägt¹²⁷, da die irriige Annahme einer rechtfertigenden Sachlage¹²⁸ auf Grund der Tatsache, dass die Rechtswidrigkeit ebenfalls eine subjektive Seite aufweist, genauso zur Straflosigkeit führen würde.

Allerdings hatte im konkret zu beurteilenden Fall der Journalist offenbar gewusst, dass der zuständige Bezirksanwalt Angaben über die Vorstrafen der festgenommenen Personen verweigert hatte.¹²⁹ Dementsprechend dürfte es dem Journalisten als erfahrenem Gerichtsberichtersteller auch bewusst gewesen sein, dass der Entscheid, ob die erfragten Angaben dem Öffentlichkeitsvorbehalt zu unterstellen seien,

¹²² Etwa im Sinne des vom Bundesgericht (offenbar im Gegensatz zur ersten Instanz) nicht thematisierten § 34 StPO-ZH, wonach Mitteilungen aus den Akten einer schwebenden Untersuchung an die Öffentlichkeit dort erlaubt sind, wo überwiegende öffentliche Interessen eine Aufklärung gebieten.

¹²³ Vgl. hierzu Stratenwerth, § 12 Rz. 21.

¹²⁴ Und nicht in einem Rechtsirrtum, wie ihn das Bundesgericht weiter unten (vgl. BGE 127 IV 122, 132, E. 4c/aa) durch die Erwähnung eines solchen seitens der Assistentin insinuiert.

¹²⁵ Der Journalist irrt sich über die Eigenschaft, dass die Information rechtlich als geheim zu qualifizieren ist. Im Übrigen sei angemerkt, dass sich dieselbe Problematik im subjektiven Tatbestand der Verwaltungsassistentin wiederholt. Immerhin ist dem Bundesgericht zuzustimmen, dass es sich bei der Vorstellung, die Weitergabe geheimer Informationen an bekannte Journalisten sei erlaubt, tatsächlich um einen (unerheblichen) Rechtsirrtum im Sinne des Art. 20 StGB handelt.

¹²⁶ Vgl. dazu Stratenwerth, § 9 Rz. 74 ff.

¹²⁷ Vgl. BGE 127 IV 122, S. 130, E. 3b/cc mit Verweis auf BGE 126 IV 236, 249, E. 4d.

¹²⁸ Vgl. nur Stratenwerth, § 10 Rz. 116 ff.

¹²⁹ Vgl. BGE 127 IV 122, 131, E. 4b.

grundsätzlich nicht in die Kompetenz einer Verwaltungsassistentin fällt.¹³⁰ Gestützt darauf führt wohl an der Bejahung eines zumindest eventualvorsätzlichen Handelns in Bezug auf die Geheimnisqualität der weitergegebenen Angaben kein Weg vorbei.

cc. Der innere Vorbehalt mit Vorsatz ausschliessender Wirkung

Der von Studer¹³¹ vorgebrachte Einwand, der "Blick"-Reporter habe mit dem inneren Vorbehalt gehandelt, nur Auskünfte zu erhalten, zu deren Erteilung die Verwaltungsassistentin ermächtigt gewesen sei, resp. mit dem Bewusstsein, die Verantwortung der unzulässigen Informationserteilung falle der Beamtin zu, betrifft, wie bereits angetönt, den Vorsatz nicht in rechtlich relevantem Umfang. Es handelt sich dabei um die Frage, ob sich der Journalist über die unter A.cc.b hievord vertretene These von der Eigenverantwortlichkeit des Angestifteten als Strafbarkeitsgrenze des Anstifters Gedanken gemacht hat. Fehlte dem Journalisten die entsprechende Vorstellung im subjektiven Tatbestand, so führt dies allenfalls¹³² zur Annahme eines umgekehrten Subsumtionsirrtums, welcher auf Grund seiner Struktur als Wahndelikt straflos bleibt.

Nach der diesbezüglichen, hier abgelehnten Auffassung des Bundesgerichts stellt ein solcher innerer Vorbehalt entsprechenderweise (unter Vorbehalt der Parallelwertung in der Laiensphäre) einen rechtlich nicht relevanten Subsumtionsirrtum dar, der den Vorsatz definitionsgemäss als Wissen und Willen um sämtliche objektive Tatbestandselemente nicht berührt.

C. Die Wahrung berechtigter Interessen

aa. Grundlagen

a. Bei der Wahrung (oder Wahrnehmung) berechtigter Interessen handelt es sich um einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund, der sich weitgehend mit dem rechtfertigenden Notstand deckt.¹³³ Der allgemein anerkannten Rechtsprechung des Bundesgerichts zufolge ist dann von einer rechtfertigenden Wahrung eines berechtigten Interesses auszugehen, "wenn die Tat ein zur Erreichung des berechtigten Zieles notwendiges und angemessenes Mittel ist, sie insoweit den einzig möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht"¹³⁴. Als berechtigtes Interesse gilt traditionellerweise die Ausübung allgemeiner Freiheitsrechte, die mitunter die Berücksichtigung schöpferischer Werte erlaubt.¹³⁵

b. Die Medienfreiheit gemäss Art. 17 BV und Art. 10 EMRK stellt eine zentrale Ausprägung des allgemeinen Grundrechts freier Meinungsäusserung dar.¹³⁶ Als solche schützt sie "kommunikative Äusserungen unabhängig von ihrem Inhalt (und) vom Zweck und Forum, in dem sie erfolgen"¹³⁷. In ihrer Spezialität gewährleistet sie die öffentliche Meinungsäusserung unter Nutzbarmachung bestimmter Medien, so insbesondere auch der Presse (Pressefreiheit).¹³⁸ Beschränkungen

AJP 2003 S. 892, 904

¹³⁰ Natürlich beurteilt sich die Frage, ob überwiegende öffentliche Interessen eine Aufklärung gebieten, unabhängig vom Entscheid des zuständigen Bezirksanwaltes. Hingegen kann derjenige, dem der ablehnende Entscheid der kompetenten Person bekannt ist, kaum noch ernsthafte Zweifel darlegen, dass er für den Fall, dass die erfragten Informationen in den Geheimnisbereich fielen, den Erfolg nicht wollte. Vgl. die insoweit berechtigte Kritik bei Schubarth I, Ziff. 3 f.

¹³¹ Vgl. Studer I.

¹³² Dann nämlich, wenn er die Preisgabe geheimer Daten auf eine blosser Frage hin als auch in seinen Verantwortungsbereich fallend betrachtet.

¹³³ Vgl. Stratenwerth, §10 Rz. 57 und 62.

¹³⁴ BGE 120 IV 208, 213, E. 3a.

¹³⁵ Vgl. Stratenwerth, § 10 Rz. 61.

¹³⁶ Vgl. Müller, 249.

¹³⁷ Müller, 248.

¹³⁸ Vgl. für die Pressefreiheit: Müller, 251 ff.



der Medienfreiheit unterliegen aufgrund deren Grundrechtsqualität selbstverständlich den allgemeinen Voraussetzungen.¹³⁹

c. Der Quellenschutz hat als Grundbedingung der Pressefreiheit nach seiner Anerkennung durch den EGMR im Jahre 1996 eine selbstständige Verankerung in Art. 27bis StGB erfahren. Dessen Anwendung hat jedoch in den Schranken der Verfassung und der EMRK zu erfolgen.¹⁴⁰

d. Es sei noch darauf hingewiesen, dass die gemäss Art. 16 BV und Art. 10 EMRK gewährleistete Informationsfreiheit unter lit. B.bb. ausführlich diskutiert wird. Es wird daher an dieser Stelle auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen. Anzumerken bleibt, dass "auch aus der Rechtsprechung der Strassburger Organe kein aus Art. 10 Abs. 1 EMRK fliessender direkter Anspruch auf Zugriff auf Daten der Verwaltung zu entnehmen ist"¹⁴¹, und damit diesbezüglich auf Grund der oben dargelegten rechtlichen Erwägungen eine Rechtfertigung aus der Wahrung des berechtigten Interesses der Informationsfreiheit ausscheidet.

bb. Die Medienfreiheit gemäss Art. 17 BV und Art. 10 EMRK unter Berücksichtigung des Quellenschutzes gemäss Art. 27bis StGB

a. Unter dem Gesichtswinkel der Wahrung berechtigter Interessen im Sinne der durch Art. 17 BV und Art. 10 EMRK gewährleisteten Medienfreiheit argumentiert Riklin¹⁴², dass eine Kriminalisierung der blossen Anfrage des Journalisten als Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung zu einer unerträglichen Erschwerung der aus verfassungsrechtlicher Sicht geschützten Recherchen führen würde.

Das Bundesgericht hält hiezu lapidar fest, dass der Journalist von einer Veröffentlichung der weitergegebenen Informationen abgesehen hatte, und scheint damit insinuiert zu wollen, dass damit bereits in Folge einer de facto fehlenden Wahrnehmung gar kein berechtigtes Interesse zur Beurteilung vorliegen könne. Dem ist natürlich nicht so. Die journalistische Recherche fällt klarerweise auch dann unter den Schutzbereich der Medienfreiheit, wenn später von einer Publikation der Ergebnisse abgesehen wird.¹⁴³

Keine Probleme bereitet auch die Qualifikation der Frage als einzig möglichen Weg, die Vorstrafen der als tatverdächtig festgenommenen Personen in verlässlicher Weise in Erfahrung zu bringen. Damit kann allein die Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen im Streit stehen. Soweit die Qualifikation der blossen Frage als Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung als ausschliesslich repressive Massnahme¹⁴⁴ angesehen wird, kann die bundesgerichtliche Auffassung, wonach das Interesse der Betroffenen an der Geheimhaltung gegenüber dem Interesse an der öffentlichen Berichterstattung über deren Vorstrafen stärker zu gewichten ist, ohne weiteres als zutreffend bezeichnet werden: Die Gefahr, dass die Information über Vorstrafen von bloss als tatverdächtig festgenommenen zu einer gegen die Unschuldsvermutung gemäss Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK verstossenden Vorverurteilung durch die Presse führen könnte, wiegt doch offensichtlich sehr viel schwerer als die Beeinträchtigung der Pressefreiheit in der Form, die Öffentlichkeit nicht über deren Vorstrafen informieren zu können. Man könnte sich allerdings auch auf den Standpunkt stellen, die Verurteilung des bloss anfragenden Journalisten als Anstifter zur Verletzung des

¹³⁹ Also namentlich dem Erfordernis einer genügenden gesetzlichen Grundlage, eines zulässigen öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit.

¹⁴⁰ Vgl. Müller, 259 f.

¹⁴¹ Vorbrodt Stelzer, 104.

¹⁴² Vgl. Riklin II, 163.

¹⁴³ Wenn der Quellenschutz als Grundbedingung der Pressefreiheit anerkannt wird, dann doch wohl gerade darum, weil die journalistische Recherche nicht durch eine Unterstellung unter eine Zeugnispflicht über weite Strecken verunmöglicht werden soll. Was aus der Perspektive des Informanten sich als Quellenschutz darstellt, zeigt sich aus der Perspektive des Journalisten als Rechterschutz. So implizit auch Müller, 260 f.

¹⁴⁴ Wie sich aus dem Begriff bereits ergibt, handelt es sich bei repressiven Massnahmen im Zusammenhang mit der Medienfreiheit um sanktionierende Reaktionen auf bereits über ein bestimmtes Medium verbreitete Meinungsäusserungen. Der klassische Fall einer repressiven Massnahme stellt damit die strafrechtliche Verurteilung dar. Vgl. Müller, 256.

Amtsgeheimnisses sei mithin im Sinne einer mittelbaren Vorzensur¹⁴⁵ auch als präventive Massnahme zu qualifizieren. In diesem Falle müsste auf Grund des erheblich einschneidenderen Charakters der Massnahme die Zulässigkeit der strafrechtlichen Sanktionierung des Journalisten gesteigerten Anforderungen genügen.¹⁴⁶ Die präventive Wirkung kommt allerdings allen strafrechtlichen Sanktionen zu, was mitunter auch als Begründung des Strafrechts angesehen wird.¹⁴⁷ Dennoch kommt das Strafrecht auf Grund seiner gravierenden Wirkung für die Grundrechte des Einzelnen grundsätzlich nur repressiv zur Anwendung. Dieser Sachlage hat der EGMR¹⁴⁸ dadurch Rechnung getragen, indem er die Verletzung der Medienfreiheit durch nachträgliche Sanktionierung grundsätzlich anerkennt, da sie geeignet sei, einen Journalisten von künftigen Äusserungen abzuhalten, sie aber dennoch als repressive Massnahme behandelt.¹⁴⁹

AJP 2003 S. 892, 905

Insoweit mag die Verurteilung des "Blick"-Reporters zwar eine gewisse "Maulkorb"-Wirkung entfalten, sie ist jedoch keineswegs mit dem präventiven Einzug von Presseerzeugnissen vergleichbar. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen würde also, auch wenn das Bundesgericht diesen Punkt nicht geprüft hat, am Erfordernis der überwiegenden Interessen scheitern.

b. Da der Quellenschutz Ausdruck der Medienfreiheit ist, gelten die unter lit. a hievorgemachten Ausführungen grundsätzlich auch für ihn. Besonderheiten ergeben sich jedoch aus der strafprozessualen Komponente des Quellenschutzes. Insoweit ist dem Bundesgericht beizupflichten, dass dem Journalisten keine Zeugnisverweigerung zur Last gelegt wurde. Widerspruch verdient allerdings die Auffassung, wonach eine Eröffnung eines Strafverfahrens¹⁵⁰ wegen Anstiftung zur Verletzung des Amtsgeheimnisses "offensichtlich nicht gegen Sinn und Zweck des journalistischen Quellenschutzes"¹⁵¹ verstosse. Wohl ist in jenen Fällen, in welchen der Haupttäter unbekannt ist, eine Verurteilung wegen Anstiftung auf Grund des Erfordernisses der tatbestandsmässigen rechtswidrigen Haupttat ausgeschlossen. Der Einleitung eines Strafverfahrens und entsprechender Zwangsmassnahmen stünde dies jedoch nicht entgegen, da solches lediglich einen Anfangsverdacht resp. die Annahme voraussetzt, die Hausdurchsuchung diene der Auffindung von Beweismitteln. Infolgedessen wird man die Person, welche das Amtsgeheimnis verletzt hat, regelmässig auffinden können. Ausserdem dürfte insbesondere eine Hausdurchsuchung auch weitere Informanten des Journalisten betreffen. Damit wäre der Quellenschutz hinsichtlich Amtsträger weitestgehend tot, was sich ganz offensichtlich nicht mit dem Sinn und Zweck von Art. 27bis StGB verträgt. Vielmehr erscheint damit das Verfahren wegen Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung gegen einen Journalisten unter Ausschluss des Quellenschutzes als eine gegen die fehlbaren Beamten gerichtete "fishing-expedition".

Dieser Umstand führt jedoch nicht dazu, die Straflosigkeit des betreffenden Journalisten anzunehmen, da der diesbezügliche Quellenschutz gerade nicht das materielle Strafrecht, sondern die prozessuale Ebene betrifft. Dem Quellenschutz ist demgemäss, was Zwangsmassnahmen anbelangt, im gegen den Journalisten eröffneten

¹⁴⁵ Darin besteht ja die von Medienseite geäusserte Hauptkritik, dass es sich bei BGE 127 IV 122 nämlich um ein "Maulkorb"-Urteil handle.

¹⁴⁶ Vgl. Müller, 255.

¹⁴⁷ Diesen Gedanken legen die relativen Straftheorien gestützt auf die spezial- und generalpräventiven Wirkung der Strafe ihren Ansätzen zur Begründung des Strafrechts zu Grunde. Vgl. hiezu nur Stratenwerth, § 2 Rz. 15 ff.

¹⁴⁸ Vgl. in Bezug auf die unzulässige Beschränkung der Medienfreiheit durch die Sanktionierung einer Ehrverletzung: Lingens c. Österreich, Ser. A Nr. 103, Ziff. 44, EuGRZ 1986, 424 ff.

¹⁴⁹ Vgl. Müller, 256 f.

¹⁵⁰ Die Zwangsmassnahmen, die mit dem Verfahren tatsächlich verbunden waren (Hausdurchsuchung) und die damit allenfalls in ähnlich gelagerten Fällen inskünftig verbunden werden könnten (Telefonkontrolle; vgl. hiezu Riklin I, 113 f.), bleiben in BGE 127 IV 122 unerwähnt.

¹⁵¹ BGE 127 IV 122, 134, E. 5a/bb.

Strafverfahren Rechnung zu tragen: etwa durch Beweisverwertungsverbote zu Gunsten des oder der Haupttäter. Indessen kann der Quellenschutz in Bezug auf die Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung keinen Grund für die Straflosigkeit des Journalisten darstellen. Die diesbezügliche Argumentation der Kritiker geht somit auch insoweit ins Leere.

3. Teil: Würdigung

Wie die Analyse gezeigt hat, ist die am Entscheid geübte Kritik einzig in Bezug auf das objektive Tatbestandsmerkmal der objektiven Zurechnung des Erfolgs zutreffend. In diesem Punkt zeigt sich aber, dass an der vom Bundesgericht betriebenen Auslegung der Tathandlung bei der Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung, wonach mit Ausnahme des Situationsarrangements jegliche Form von Aktivität seitens des Anstifters bereits unter den Begriff des Bestimmens zu subsumieren und die Tatbestandsmässigkeit der Anstiftung lediglich dann abzulehnen sei, wenn der Anstiftende nicht vorsätzlich gehandelt habe¹⁵², juristisch nicht festgehalten werden kann. Es fragt sich daher, ob das Bundesgericht dies tatsächlich in derart gravierender Weise verkannt hat, oder ob nicht vielleicht andere (als juristische) Motive die Richterin und die beiden Richter zu dieser Entscheidfällung bewogen haben.

Ein Hinweis dafür ergibt sich bereits aus dem Entscheid selbst: "Die Information der Öffentlichkeit über Vorstrafen hätte für die Betroffenen erhebliche persönliche Nachteile zur Folge haben und eine Vorverurteilung begünstigen können."¹⁵³ Hinter diesem explizit geäusserten und auch berechtigten¹⁵⁴ Interesse verbergen sich jedoch noch andere, - und wie das verborgene Interessen so an sich haben - nämlich die eigentlichen Gründe für die Entscheidungsfindung.

Dies wird klar, wenn man die am Entscheid geübte Kritik und Gegenkritik in Betracht zieht. Einer der Richter, welche am Entscheid mitgewirkt hatten, äusserte sich in einer Stellungnahme zur geübten Kritik wie folgt: "In einer Zeit, wo der Richter den Eindruck hat, dass die Medien verantwortungsvoll mit ihrer Aufgabe umgehen, wird die Entscheidung möglicherweise anders fallen, als in einer Zeit, wo man den Eindruck haben muss, dass die Grenzen der Rechtsordnung allzu oft ausgereizt werden und überdies gelegentlich Medienschaffende zum Ausdruck bringen, sie seien berechtigt, sich ihre eigene, teilweise extralegale Medienrechtsordnung zu 'recht' zu legen."¹⁵⁵ Es fragt sich dabei nur, wer denn definiert, was verantwortungsvoll sei.¹⁵⁶ Um genau diese Frage geht es nämlich: um die Verantwortung und deren Aufteilung. Oder mit anderen Worten: Es geht

AJP 2003 S. 892, 906

dabei um Macht¹⁵⁷ und deren Verteilung, mitunter also auch um deren Begrenzung.¹⁵⁸

¹⁵² Resp. es an der Haupttat oder Kausalität fehle.

¹⁵³ BGE 127 IV 122, 134, E. 5b/bb. Der Schutz Tatverdächtiger vor Vorverurteilungen durch die Presse zur Gewährleistung der Unschuldsvermutung ist ein juristisches Argument, das zwar für die Definition des Geheimnisbegriffs sowie für die Interessenabwägung im Rahmen der Wahrung berechtigter Interessen herangezogen werden kann, nicht jedoch bei der rechtlichen Qualifikation dessen, was für den Erfolg objektiv zurechenbar ist und was nicht.

¹⁵⁴ Im Sinne von FN 154.

¹⁵⁵ Schubarth II, 299.

¹⁵⁶ Schubarth stellt dieselbe Frage lediglich im judikativen Machtkontext: "Wer entscheidet eigentlich, was rechtmässig ist - die staatliche Rechtsordnung oder die Presse?" (Schubarth I).

¹⁵⁷ Vgl. unter diesem Gesichtswinkel den ähnlich gelagerten Jagmetti-Entscheid (BGE 126 IV 236), wo unter anderem auch mit dem Landesinteresse argumentiert wurde (255, E. 9).

¹⁵⁸ Vgl. hiezu Schubarth II (298 f.): "Das ist vielleicht bezeichnend für eine Zeit, wo Vertreter der Medienethik und der Mediens Schulung nicht müde werden, einseitig Pressefreiheit und Recherchierfreiheit zu predigen, ohne ein Wort über deren Grenzen zu verlieren und ohne laut darüber nachzudenken, wie man diese Grenzen ziehen müsste."

Es fragt sich damit nicht nur in diesem Zusammenhang, sondern ganz grundsätzlich, in welchem Verhältnis die Medien als vierte Macht im Staat¹⁵⁹ zu den übrigen Gewalten stehen und in welchem Verhältnis sie zu diesen zu stehen hätten. Das Bundesgericht befürchtet offensichtlich eine Entwicklung hin zu amerikanischen Verhältnissen, wo zumindest die Massenmedien ihre eigentliche demokratische Funktion als "public watchdog" über weite Strecken aufgegeben haben und sich stattdessen zusehends als "Kampfhund der Macht" verstehen. Trotz des grundsätzlich politischen Charakters eröffnet sich damit in staatsrechtlicher Hinsicht ein Problemfeld von elementarer Bedeutung: Die klassische Trias der Gewaltenteilung kann den Anforderungen der heutigen Zeit nicht mehr vollumfänglich gerecht werden. Die Medien stehen ausserhalb dieses Machtschemas und bleiben damit unter rechtlichen Gesichtspunkten unberücksichtigt. Die Wirklichkeit sieht jedoch - wie auch der Fall Borer erneut gezeigt hat - ganz anders aus.

Systemtheoretisch gesprochen stellt der hier erörterte Entscheid vor diesem Hintergrund ein systeminternes Phänomen einer teilweisen Inkongruenz des Rechtssystems mit den dieses umgebenden anderen Systemen der Gesellschaft dar. Kurz: Der bundesgerichtliche Entscheid stellt ein Zeichen des gesellschaftlichen Wandels dar, dessen Bewältigung nur durch aufeinander abgestimmte Modifikationen der einzelnen Systeme (etwa Politik, Recht und Wirtschaft) möglich ist. Auf Grund ihrer Eigenschaft als Kommunikationsplattform kommt den Medien eine integrale Bedeutung zu, deren strukturelle Einbindung sich allein schon deshalb aufdrängt, weil die Funktionssysteme der Gesellschaft (Politik, Recht, Wirtschaft etc.) als Kommunikationssysteme elementar auf die Gewährleistung des Zugangs zu Kommunikationen resp. Informationen angewiesen sind, die für ein realitätsgerechtes Funktionieren der Systeme erforderlich sind. Die Codierung der Medien durch einzelne Systeme der Gesellschaft¹⁶⁰ oder die Selbstcodierung¹⁶¹ muss im Interesse der gesellschaftlichen Stabilität unbedingt vermieden werden.

Mit BGE 127 IV 122 hat nun das Bundesgericht versucht, diesem ernstzunehmenden Problem Abhilfe zu schaffen: Durch eine sehr restriktive und juristisch nicht haltbare Rechtsanwendung wird eine Ausbalancierung¹⁶² der um die Medienmacht erweiterten Gewaltenteilung angestrebt. Dabei ist allerdings fraglich, ob das Strafrecht als ultima ratio des Rechts dafür der geeignete Ort ist. Ausserdem hat das Bundesgericht in seinen Bemühungen zur Wahrung einer ausgewogenen Gewaltenteilung selbst die Gewaltenteilung verletzt: Ein Überdenken der klassischen Dreiteilung und die Integration der Medien in die rechtsstaatliche Machtverteilung ist Sache des Gesetzgebers und nicht der Justiz.

Eine auf Gesetzgebungsebene zu verwirklichende Alternative zu einer sehr punktuellen Korrektur der Gewaltenteilung durch die Justiz läge etwa in einer durch noch zu bestimmende Mechanismen zu gewährleistenden Anbindung des Journalistenstandes an besondere Berufspflichten und -rechte im Stile der "Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten"¹⁶³. Damit müssten dann in organisatorischer Hinsicht Strukturen geschaffen werden, welche die journalistische Selbstkontrolle in effizienter Weise gewährleisten würden, beispielsweise durch einen Ausbau des bestehenden Presserates unter Ausstattung mit Disziplinargewalt, verbunden mit gewissen internen Rechtsprechungskompetenzen. Ausserdem müsste die Mediengewalt als vierte Macht im Staate in das System der checks and balances integriert werden. Zudem müssten Mechanismen der demokratischen Kontrolle der vierten Gewalt, etwa durch Rechenschaftsberichte zu Händen des Parlaments oder durch besondere parlamentarische Kommissionen, gefunden werden. Natürlich sind dies nur erste Gedanken, denen lediglich die Funktion eines Denkanstosses zukommen

159 Vgl. Schwaibold: "Die Medien gelten als 'vierte Macht' im Staat. Kritiker fragen: Wer kontrolliert eigentlich die Medien?"

160 Italien mit Medienmogul Silvio Berlusconi als Ministerpräsidenten wäre etwa ein Beispiel für die Codierung der Medien durch die Politik.

161 Wodurch sich die Medien als eigenständiges System der Gesellschaft etablieren würden.

162 Im Sinne der checks and balances.

163 Verfügbar unter der Website http://www.presserat.ch/code_d.htm, besucht am 11.3.2003.



kann. Eine Umsetzung der Integration der Medienmacht in die rechtsstaatliche Gewaltenteilung setzt zunächst einmal einen breiten gesellschaftlichen Diskurs voraus, ohne den keine Änderung auskommen kann und darf.

4. Teil: Zusammenfassung und Fazit

Die Analyse der Entscheidungsgründe und der Kritik hat gezeigt, dass der Entscheid BGE 127 IV 122 in rechtlicher Hinsicht grundsätzlich in drei zentralen Bereichen zu Meinungsverschiedenheiten geführt hat. Es handelt sich dabei um das Erfordernis der objektiven Zurechnung des Erfolgs im objektiven Tatbestand, die Problematik des Anstiftervorsatzes des Journalisten und den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen unter Berufung auf die durch Art. 17 BV und Art. 10 EMRK gewährleistete Medienfreiheit.

Die Auseinandersetzung der juristischen Argumente im Rahmen der objektiven Zurechnung des Erfolgs hat zum Ergebnis geführt, dass die bloße, an eine Amtsperson

AJP 2003 S. 892, 907

gerichtete Frage unter dem Blickwinkel der Verwirklichung eines unerlaubten Risikos allein schon deshalb keine Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung darstellen kann, weil es sich dabei ohne weiteres um ein sozialadäquates Verhalten handelt, das vom Anwendungsbereich des Strafrechts ausgeschlossen bleibt. Darüber hinaus führt auch die Lehre von den Verantwortungsbereichen zur Annahme der Strafflosigkeit: Da es sich bei der Amtsgeheimnisverletzung um ein echtes Sonderdelikt handelt, und der Tatbeitrag des nicht sonderpflichtigen Journalisten die Freiheit der Amtsperson zum Tatentschluss nicht beeinträchtigt hat, liegt die Verantwortung für die Tat jenseits des Bereichs, für den der Journalist (mit)einzustehen hätte.

Hinsichtlich des Vorsatzes konnte festgestellt werden, dass das Bundesgericht zwar unsauber begründet hat, sein Ergebnis jedoch nicht zu beanstanden ist. Der "Blick"-Reporter wusste, dass der zuständige Bezirksanwalt die Auskunft verweigert hatte, und musste daher mithin in Kauf nehmen, dass es sich bei den erfragten Angaben um solche aus dem Bereich des Amtsgeheimnisses handelte.

Schliesslich scheidet der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen am Umstand, dass das Interesse der Betroffenen an der Geheimhaltung der Vorstrafen dasjenige der Öffentlichkeit an Information überwiegt.

Es ergibt sich damit, dass die am Entscheid geübte Kritik in Bezug auf die bundesgerichtliche Auslegung der Tathandlung bei der Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung, wonach mit Ausnahme der Umweganstiftung jegliche Form von Aktivität seitens des Anstifters bereits unter den Begriff des Bestimmens zu subsumieren sei, nicht nur berechtigt ist, sondern dass am Entscheid auch in dogmatischer Hinsicht nicht festgehalten werden kann. Dennoch ist den höchstrichterlichen staatspolitischen Motiven im Hinblick auf das grundlegende Problem der Systeminkongruenz der klassischen Trias der Gewaltenteilung mit der Realität der Medien als vierter Macht im Staate ihre Berechtigung nicht abzusprechen. Dabei ist jedoch klar festzuhalten, dass es auch nach der Dreiteilung der Gewalten nicht die Aufgabe des Bundesgerichts, sondern des Verfassungs- und Gesetzgebers ist, die staatsrechtlichen Strukturen festzulegen.

Literaturverzeichnis

Bloy René: Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlin 1985 (zit.: Bloy)

Bommer Felix: Anstiftung und Selbstverantwortung, plädoyer 2002 Heft 3, 34 ff. (zit.: Bommer)

Eser Albin: "Sozialadäquanz": eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, in: Schünemann Bernd/Achenbach Hans/Bottke Wilfried/Haffke Bernhard/Rudolphi Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin 2001, 199 ff. (zit.: Eser)

Felber Markus: Die Journalistenfrage als Anstiftung, in: Jusletter 11. Juni 2001, zitiert aus der Website <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1135>, besucht am 26.8.2002 (zit.: Felber)



Hauser Robert/Schweri Erhard: Schweizerisches Strafprozessrecht, 4. A., Basel 1999 (zit.: Hauser/Schweri)

Müller Jörg Paul: Grundrechte in der Schweiz, 3. A., Bern 1999 (zit.: Müller)

Riklin Franz: Rechtsprechung auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts des Jahres 1999, *medialex* 2000, 113 f. (zit.: Riklin I)

Riklin Franz: Amtsgeheimnisverletzung durch Journalisten, *medialex* 2001, 160 ff. (zit.: Riklin II)

Riklin Franz: Rechtsprechung auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts des Jahres 2001, *medialex* 2002, 104 ff. (zit.: Riklin III)

Roxin Claus: StGB - Leipziger Kommentar (Grosskommentar), §§ 25-27, Jähne Burkhard/Laufhütte Heinrich Wilhelm/Odersky Walter (Hrsg.), 11. A., Berlin 1993 (zit.: Roxin I)

Roxin Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 3. A., München 1997 (zit.: Roxin II)

Schmid Niklaus: Strafprozessrecht, 3. A., Zürich 1997 (zit.: Schmid)

Schubarth Martin: Fragen stellen ist nicht immer erlaubt, *Tages-Anzeiger* vom 15.11.2001, 77 (zit.: Schubarth I)

Schubarth Martin: Der Journalist als Medienopfer, sic! 2002, 297 ff. (zit.: Schubarth II)

Schumann Heribert: Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, Tübingen 1986 (zit.: Schumann)

Schwaibold Matthias: Die Richter - Zwingherren der Medien, *SonntagsBlick* vom 10.6.2001, 62 (zit.: Schwaibold)

Seelmann Kurt: Strafrecht Allgemeiner Teil, Basel 1999 (zit.: Seelmann)

Stratenwerth Günter: Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. A., Bern 1996 (zit.: Stratenwerth)

Studer Peter: Fragen verboten - Zu einem bedenklichen Bundesgerichtsurteil, *NZZ* vom 8.6.2001, 77 (zit.: Studer I)

Studer Peter: Kaltes mediales Klima am Kassationshof, *Tages-Anzeiger* vom 13.9.2001, 75 (zit.: Studer II)

Vorbrodt Stelzer Sibylle: Informationsfreiheit und Informationszugang im öffentlichen Sektor - Eine Untersuchung anhand schweizerischer und europäischer Gerichtspraxis, Diss. Zürich 1995 (zit.: Vorbrodt Stelzer)

Wehrle Stefan: Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt - Regressverbot?, Diss. Basel 1986 (zit.: Wehrle)

Wohlers Wolfgang: Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit, *StV* 2001, S. 420 ff. (zit.: Wohlers)

Gesetze, Urteile, Materialien und andere rechtliche Grundlagen:

Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention; SR 0.101)

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 18. April 1999 (SR 101)

Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311)

Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919 (LS 321)

Lingens c. Österreich, Ser. A Nr. 103, in: *EuGRZ* 1986, 424 ff.

BGE 116 IV 1

BGE 119 IV 301

BGE 120 IV 208

BGE 126 IV 236

BGE 127 IV 122



Urteil des Kassationsgerichts des Kantons Zürich i.S. Dammann Viktor gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Kass.-Nr. 2000/008 S) vom 25.9.2000

AJP 2003 S. 892, 908

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen Dammann Viktor (S2/U/O/SB990251/gk) vom 7.9.1999

Urteil des Einzelrichteramtes des Bezirksgerichts Zürich (U/GG

980913) vom 12.1.1999, zusammenfassend wiedergegeben in: medialex 1999, 120

Urteil des deutschen Bundesgerichtshof (5 StR 147/79) vom 29.5.1979, auszugsweise publiziert in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Bd. 127 (1980), 183 f.

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998 (BB1 1999 III, 1979 ff.)

Beschwerde i.S. Dammann gegen die Schweiz an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vom 29.11.2001 (zit.: Beschwerde EGMR)

Die Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten vom 21.12.1999 (zitiert aus der Website http://www.presserat.ch/code_d.htm, besucht am 11.3.2002)

Richtlinien zur Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten vom 18.2.2000 (zitiert aus der Website <http://www.presserat.ch/14510.htm>, besucht am 11.3.2003)