



Analyse des Regelungsinhaltes von Artikel 179^{quinquies} StGB

I. Ausgangslage

Mit der am 1. März 2004 in Kraft getretenen Neufassung von Artikel 179^{quinquies} StGB (AS 2004 823) wird die Aufnahme von Fernmeldegesprächen in zwei Fällen für straflos erklärt:

- Wenn Gespräche mit Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdiensten aufgenommen werden (Art. 179^{quinquies} [neu] Abs. 1 Bst. a); und
- wenn Gespräche im Geschäftsverkehr aufgenommen werden, welche „Bestellungen, Aufträge, Reservationen und ähnliche Geschäftsvorfälle zum Inhalt haben“ (Art. 179^{quinquies} [neu] Abs. 1 Bst. b).

Nach der bisher geltenden Fassung der Bestimmung war lediglich die Aufnahme von Notrufen straflos. Im Geschäftsverkehr war eine Aufnahme generell nur nach entsprechender Information mit Einwilligung der Betroffenen zulässig (dies folgt sowohl aus Art. 172^{bis} und 172^{ter} StGB wie auch aus Art. 4 Abs. 2 sowie Art. 12 und 13 DSG).

Mit der Änderung stellt sich die Frage, ob der Wegfall der Strafbarkeit auch davon entbindet, Anforderungen einzuhalten, die sich zwar nicht aus dem Strafrecht, aber aus dem allgemeinen Datenschutzrecht ergeben. Dabei geht es namentlich um die sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 4 Abs. 2 DSG) ergebende Pflicht des Datenbearbeiters zur Transparenz.

II. Verhältnis Strafrecht - Datenschutzrecht

Das Datenschutzrecht regelt einen bestimmten Aspekt des Persönlichkeitsschutzes (Konkretisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung). Auch das Strafrecht regelt bestimmte Aspekte des Persönlichkeitsschutzes, insb. auch des informationellen Persönlichkeitsschutzes. Diese Regelungen (und die Bestimmungen des Zivilrechts zum Persönlichkeitsschutz) ergänzen sich gegenseitig.

Während das Strafrecht bestimmte Rechtsgüter durch ein strafbewehrtes Verbot bestimmter Verhaltensweisen schützen soll, regelt das Datenschutzgesetz den Umgang mit personenbezogenen Informationen im Allgemeinen, indem es in erster Linie bestimmte Anforderungen auferlegt und Pflichten formuliert.

Auch aus dem Persönlichkeitsschutz dienenden Strafnormen (bzw. strafrechtlichen Erlaubnisnormen) können sich indessen unter Umständen konkrete und spezifische Anforderungen für den Umgang mit Personendaten ergeben. Diese sind aus der Perspektive des DSG als Konkretisierung datenschutzrechtlicher Anforderungen durch eine Spezialnorm zu interpretieren.

III. Entstehungsgeschichte des neuen Art. 179^{quinquies} StGB

Die Pa. Iv. Frick (97.462) „Revision von Artikel 179^{quinquies} zum Schutze des Geschäftsverkehrs“ forderte sinngemäss, die Aufzeichnung von Gesprächen für den nichtöffentlichen Gebrauch „für Banken, Journalisten, im Reservations- und Bestellwesen“ als zulässig zu erklären, und

auf das Erfordernis der Information der Gesprächspartner über die Aufnahme im Einzelfall zu verzichten.

Der Vorschlag der Rechtskommission des Ständerates (RK-S), der vom Bundesrat unterstützt wurde, sah Strafflosigkeit in folgenden Fällen vor (vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 2. Mai 2001, BBl 2001 2632; Stellungnahme des Bundesrates vom 22. August 2001, BBl 2001 5816):

- Aufzeichnung von Gesprächen mit Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdiensten (Bst. a);
- Aufzeichnung von Gesprächen, wenn alle Beteiligten vorgängig hinreichend informiert wurden (Bst. b); und
- Aufzeichnung von Gesprächen „unter Beteiligung einer Geschäftsperson“, wenn die Aufzeichnungen ausschliesslich zum Zweck verwendet werden, über deren geschäftlichen Inhalt Beweis zu führen“ (Bst. c).

Es wurde in diesem Vorschlag also klar unterschieden zwischen Fällen, in denen eine Information erfolgte (b) und solchen, wo diese Voraussetzung nicht gegeben sein muss (a und c).

Der Nationalrat war der Auffassung, dass Bst. c dieses Vorschlages zu unbestimmt sei (insb. hinsichtlich der Definition des Begriffs „Geschäftsperson“). Er sprach sich zweimal gegen eine solche Formulierung aus. Zudem wollte er die Information auch in solchen Fällen gewährleistet wissen.

Schliesslich wurde im Ständerat ein neuer Vorschlag eingebracht, welcher der am Ende beschlossenen Fassung entspricht. Die Variante „Zustimmung der Beteiligten“ entfiel, weil man sich bewusst wurde, dass dies ohnehin dem geltenden Recht entsprach. Weiter wurde nun am Gesprächsinhalt angeknüpft und die Bestimmung war mit einem zweiten Absatz ergänzt, der nach dem Sprecher der ständerätlichen Kommission die Bekanntgabe von Aufnahmen an Dritte auf jeden Fall weiterhin unter Strafe stellen sollte (AB 2003 S 494).

Die Mehrheit der nationalrätlichen Kommission lehnte auch diesen Vorschlag ab, eine starke Minderheit erachtete jedoch eine systematische Information als zu kompliziert. Nachdem im Plenum auch Frau Bundesrätin Metzler sich für den Vorschlag des Ständerates ausgesprochen hatte (unter Hinweis darauf, dass der Mehrheitsantrag dem Sinn der pa. IV. Frick widersprechen würde), obsiegte die Minderheit.

IV. Auslegung der neuen Bestimmung

Die Analyse des Regelungszwecks, wie er in den parlamentarischen Beratungen zum Ausdruck kam, führt zum Ergebnis, dass es klares Ziel des Gesetzgebers war, in bestimmten Fällen Aufnahmen zu ermöglichen und dabei auf das Erfordernis der Einwilligung des Betroffenen – und damit auf seine vorgängige Information – zu verzichten. Aus der Perspektive des DSG ist die Änderung des StGB daher im Ergebnis so zu interpretieren, dass in den Fällen von Artikel 179^{quinquies} Absatz 1 der Datenbearbeiter dem Rechtfertigungsgrund der gesetzlichen Grundlage im Sinne von Artikel 13 Absatz 1 DSG geltend machen kann.

Es handelt sich bei Art. 179^{quinquies} StGB um eine *Ausnahmeklausel*. Ausnahmen sind gemäss einem allgemeinen Grundsatz *eng auszulegen*.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass *alle Beteiligten* – also auch die Anrufenden – Gespräche nach Abs. 1 Bst. a und b straflos aufzeichnen dürfen.

Absatz 1 Buchstabe a

Diese Änderung war im Parlament von Anfang an unbestritten. Gespräche mit Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdiensten dürfen auch dann aufgenommen werden, wenn es sich nicht um Notrufe handelt. Die Bestimmung wird ausdrücklich nicht darauf beschränkt, dass der Anruf auf eine bestimmte Nummer (Notrufnummer) erfolgen muss (Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 2. Mai 2001, BBl 2001 2632, 2638). Eine vorgängige Information der anrufenden Person ist nicht erforderlich.

Absatz 1 Buchstabe b

Die von den eidg. Räten schliesslich angenommene Formulierung ist bedeutend enger als der ursprüngliche Vorschlag bzw. die in der pa. Iv. Frick (97.462) vorgenommene Umschreibung des Regelungsbedarfes. Die neue Fassung bezieht sich auf ganz bestimmte Gesprächssituationen und nicht mehr allgemein auf den geschäftlichen Charakter eines Telefongesprächs.

Eine Aufnahme des Gesprächs ohne vorherige Information ist nach Absatz 1 Buchstabe b nur dann möglich, wenn es um *Bestellungen, Aufträge, Reservationen sowie „ähnliche Geschäftsvorfälle“* geht. Bundesrätin Metzler präziserte im Nationalrat, gemeint seien „Massengeschäfte, bei denen eine Aufzeichnung problemlos ist“ (AB 2003 N 1465; ebenso Votum Garbani, AB 2003 N 1464). Begründet wurde der Verzicht auf die Information in diesen Fällen damit, dass es in bestimmten Fällen schnell gehen muss und dass es zu aufwändig wäre, ev. in mehreren Sprachen auf die Aufnahme hinzuweisen, z.B. in der Tourismusbranche (Votum Frick, AB 2002 S 709; Votum Garbani, AB 2003 N 1465 in fine). Die vom Gesetzgeber mit der Änderung angestrebten Erleichterungen beschränken sich also auf Gesprächssituationen, in denen vom Kontext her eindeutig ausschliesslich ein bestimmter, massenhaft vorkommender „Geschäftsvorfall“ betroffen und ein gewisser „Zeitdruck“ für dessen Abwicklung gegeben ist. Somit fällt die Aufnahme von Gesprächen, die über ein „Bestelltelefon“ oder ein „Reservationstelefon“ laufen, eindeutig unter die mit der vorliegenden Bestimmung gewollten Erleichterungen. Nicht jedoch darunter fallen würde es, wenn in einem Hotel sämtliche Gespräche, die über Anschlüsse der Mitarbeitenden an der Rezeption geführt werden, ohne Information aufgezeichnet werden, bloss weil auf diesem Weg hier und da auch Reservationen getätigt werden.

Aufgrund der zunächst gegensätzlichen Meinungen von National- und Ständerat, die in den parlamentarischen Beratungen zum Ausdruck kamen (sowie aufgrund des allgemeinen Grundsatzes, auf den oben hingewiesen wurde), lässt sich eine enge Auslegung der sich aus dieser Bestimmung ergebenden datenschutzrechtlichen Erleichterungen nicht nur rechtfertigen, sondern sie drängt sich geradezu auf. Wird also z.B. ein Vertrag telefonisch ausgehandelt, so ist es ohne weiteres möglich, zumutbar und verhältnismässig, dass derjenige, der das Gespräch aufnehmen will, den anderen informiert. Ebenso entspricht es *nicht* dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers, dass auch dort, wo z.B. bereits eine Vertragsbeziehung zwischen den beteiligten Geschäftspartnern besteht, überhaupt keine Information mehr erfolgen muss. Vielmehr wurde es verschiedentlich als machbar angesehen, dass in solchen Fällen problemlos z.B. ein entsprechender Hinweis in Verträgen oder allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen kann (vgl. Votum Frick AB 2002 S 709; Votum Baumann, AB 2003 1465).

Die Grenzziehung wurde in den Räten auch anhand von Beispielen verdeutlicht: So sei die Aufnahme eines Gesprächs ohne Information zulässig, wenn es sich um eine Reservation eines Flugbilletts oder Hotelzimmers handle. Eine Information wird indessen erforderlich, wenn ein Gespräch aufgenommen werden soll, bei dem es um eine Reklamation betreffend einen Flug oder ein Hotelzimmer geht (Votum Studer, AB 2003 S 494; Votum Garbani, AB 2003 N 165 f.).

Absatz 2

Deutlich kommt in den Beratungen insb. des Nationalrates zum Ausdruck, dass bezüglich der aufgrund der Ausnahmeklausel von Absatz 1 nun straflos ohne vorgängige Information möglichen Aufnahmen eine *strikte Zweckbindung* gilt. Sie dürfen ausschliesslich zur Beweissicherung verwendet werden (Voten Vallender, Garbani, Baumann, Bundesrätin Metzler AB 2003 N 1465). Namentlich die Bekanntgabe an Dritte bleibt weiterhin strafbar (Votum Studer, AB 2003 S 494; Votum Bundesrätin Metzler AB 2003 N 1466).

Besonders hervorzuheben ist, dass nach dem Wortlaut von Artikel 179^{bis} Absätze zwei und drei sowie 179^{ter} Absatz 2, welche die vorliegende Bestimmung „sinngemäss“ als anwendbar erklärt, auch die *Auswertung* der Aufnahmen unzulässig ist. Damit ist es ausgeschlossen, dass Aufnahmen, die gestützt auf Absatz 1 der vorliegenden Bestimmung angefertigt wurden, z.B. für Marketingzwecke analysiert werden.

Falls solche Auswertungen vorgenommen werden sollen oder falls die Aufnahmen für Ausbildungszwecke oder für die Kontrolle des Verkaufsverhaltens der Angestellten verwendet werden sollen, ist – wie bisher – eine vorgängige Information erforderlich.