

Ghadhafi, Tinner, Nef: Achtung Amtsgeheimnis!



RA Dr. Michael Merker
Lehrbeauftragter Uni St. Gallen

Ein mutmassliches Polizeifoto von Hannibal Ghadhafi, eine vertrauliche Beschlagnahmeverfügung gegen den Bundesrat, Dokumente aus einem Strafverfahren gegen den damaligen Armeechef Nef: Die Öffentlichkeit verfolgt gebannt das Geschehen, Medienschaffende reiben sich die Hände. Nur: In all diesen Fällen ist zu prüfen, ob das Amtsgeheimnis verletzt wurde. Den Tätern droht eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren. Zu einer Verurteilung kommt es aber nicht immer: Zwei Mitarbeiterinnen des Zürcher Sozialdepartements, welche der «Weltwoche» interne Akten zuspielten, wurden letzten Herbst erstinstanzlich freigesprochen (Urteil GG090260 des Bezirksgerichts Zürich vom 17. September 2009 – noch nicht rechtskräftig).



Adrian Kramer
Rechtsanwalt

1. Sachverhalt

Zwei ehemalige Mitarbeiterinnen des Zürcher Sozialamts hatten der «Weltwoche» interne Akten über Sozialhilfe zugespielt. Sie arbeiteten als Sozialhilfe-Controllerinnen und wollten damit auf Missstände im Zürcher Sozialamt im Zusammenhang mit der Bekämpfung von mutmasslichem Sozialhilfemissbrauch aufmerksam machen. Zuvor hatten sie sich nur – aber immerhin – an ihre direkten Vorgesetzten gewendet. Sie meldeten die Missstände aber weder an Departementsvorsteherin Stocker, noch an den Stadtpräsidenten, noch an die Geschäftsprüfungskommission des Gemeinderates (GPK). Die Angelegenheit mündete in einer fristlosen Entlassung und einer Anklage wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses.

2. Erwägungen

Nach Art. 320 des Schweizerischen Strafgesetzbuches wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer ein Ge-

heimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in sei-



ner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat. Das Urteil stellt fest, dass der Tatbestand der Amtsgeheimnisverletzung grundsätzlich erfüllt war.

Eine Verurteilung fällt ausser Betracht, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Nebst den allgemeinen Rechtfertigungsgründen kommen namentlich die Einwilligung der vorgesetzten Behörde und die Wahrung berechtigter Interessen in Frage. Der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen ist nicht im Gesetz festgehalten, aber in der Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt. Vorausgesetzt wird, dass die Tat ein zum Erreichen des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel darstellt (Verhältnismässigkeit) und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht (Interessenabwägung). Ausserdem muss zuvor der Rechtsweg mit legalen Mitteln beschritten und ausgeschöpft worden sein (BGE 114 IV 48; BGE 94 IV 67). Hätten andere zumutbare Mittel zur Erreichung des Ziels zur Verfügung gestanden, ist die Tat nicht gerechtfertigt (Subsidiarität).

Der Fokus wird im Urteil nicht auf die Verhältnismässigkeit und Interessenabwägung gelegt. Die «Kernfrage» sei, ob die beiden Angeklagten keine andere Möglichkeit hatten oder zumindest nachvollziehbar keine andere Möglichkeit sahen, ihr berechtigtes Ziel zu erreichen, als unter Verletzung des Amtsgeheimnisses an die Öffentlichkeit zu gehen und auf diese Weise die von ihnen festgestellten Missstände anprangern zu lassen. Die Angeklagten hatten betont, sie hätten sich angesichts der internen und auch nach aussen kommunizierten Grundhaltung der Departementsvorsteherin keine Hoffnungen machen dürfen, eine Vorsprache bei ihr ändere etwas an den Missständen bei der Missbrauchsbekämpfung. Das mangelnde Vertrauen in die GPK war gemäss Urteil nachvollziehbar, weil aufgrund personeller Verflechtungen zu befürchten war, dass sich die GPK kein vollständiges Bild über die Sache machen könne. Zeugen und Auskunftspersonen hätten zusammengefasst bestätigt, dass es einer Art Verrat gleichkam, wenn ein Anliegen ei-

ner übergeordneten Stelle vorgebracht hätte, dass man aus Angst vor Repressalien kritische Äusserungen fürchtete, dass Kritik unerwünscht war, dass keine Bereitschaft bestand, Änderungen herbeizuführen, dass bei Nichteinhalten des Dienstwegs die Kündigung drohe, dass als schwarzes Schaf gebrandmarkt wurde, wer Kritik äusserte, dass eine Art Angstkultur herrschte und man nicht zur Departementsvorsteherin gehen konnte.

Das Urteil hält fest, in subjektiver Hinsicht sei rechtsgenügend erstellt, dass die Angeklagten das von ihnen gewählte Vorgehen als einzigen möglichen Weg ansahen und in guten Treuen auch ansehen durften. Es hätte keinerlei Hinweise auf niedere oder egoistische Beweggründe wie finanzielle Interessen oder Geltungssucht gegeben. Vielmehr hätten die Angeklagten glaubhaft dargelegt, dass es ihnen ausschliesslich um die Sache gehe (Aufdeckung von Missständen) und sie sich in einer grossen Gewissensnot befanden, als sie im Sinne eines letzten Mittels das Amtsgeheimnis verletzten, um

das zu tun, was letzten Endes ihre Aufgabe war: die Bekämpfung des Sozialhilfemissbrauchs.

Das Verhalten der beiden Angeklagten war demnach tatbestandsmässig, jedoch nicht rechtswidrig, weshalb sie nicht schuldig und somit freizusprechen waren. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

3. «Whistleblowing»: Gang an die Öffentlichkeit als ultima ratio

a. Vorbemerkung

«Whistleblowing» bedeutet übersetzt etwa «jemanden verpfeifen» oder «etwas auffliegen lassen». Ein Whistleblower im hier interessierenden Sinne ist also meist ein Angestellter, den ein (zumeist) rechtswidriges Verhalten am Arbeitsplatz stört und der dies intern oder extern bekannt macht.

b. Grundsatz und Urteil betreffend Sozialamt der Stadt Zürich

Das Urteil hält mit der herrschenden Lehre fest, dass für die Wahrung berechtigter Interessen das verwendete Mittel zum verfolgten Zweck in einem ange-

messenen Verhältnis zu stehen hat. Wenn dem Täter zur Erreichung seines Ziels andere gesetzliche Mittel zur Verfügung standen und ihm zugemutet werden konnte, davon Gebrauch zu machen, so hat ihn der Richter zu verurteilen. Mit Amtsgeheimnissen kann also grundsätzlich nie die «Flucht in die Öffentlichkeit» angetreten werden, solange nicht mit allen zur Verfügung stehenden gesetzlichen (insbesondere dienstlichen) Mitteln versucht wurde, gegen die Amtspflichtverletzungen oder sonstigen Missstände anzukämpfen (Niklaus Oberholzer, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 2. Aufl. 2007, N. 15 zu Art. 320 StGB). Das vorliegende Urteil nimmt diese Voraussetzungen auf, stellt aber auch klar, dass die sehr hohen Hürden der Wahrung berechtigter Interessen im Einzelfall durchaus überwunden werden können. Das Urteil wird als wegweisend bezeichnet und hat wohl nicht zuletzt deshalb von verschiedener Seite Kritik geerntet.

c. Besserer Schutz für Whistleblower angestrebt

In der Schweiz müssen selbst Whistleblower, die (strafrechtlich betrachtet) zu Recht auf Missstände hinweisen, mit rechtlichen Konsequenzen rechnen: Oft folgt eine fristlose Entlassung, welche im besten Fall eine Entschädigungszahlung nach sich zieht. Verschiedene Länder haben damit begonnen, Whistleblower besser zu schützen. Geschützt wird auf verschiedenste Weise. Denkbar sind das Einsetzen einer Anlaufstelle, Beweis-



erleichterungen oder ein besserer Kündigungsschutz; letzteres namentlich in Form von erhöhtem Schutz vor Entlassung oder einer härteren finanziellen Sanktionierung des Arbeitgebers im Fall der Entlassung. Die USA gehen im so genannten «False Claim Act» noch weiter und ermutigen das Whistleblowing mittels finanziellen Anreizen.

Auch in der Schweiz sind seit mehreren Jahren Bestrebungen im Gange, Whistleblower besser zu schützen. Der Bundesrat hat Ende 2008 eine Teilrevision des Obligationenrechts in die Vernehmlassung geschickt. Gemäss einer Medienmitteilung vom 17. Dezember 2009 wird rundum ein Regelungsbedarf anerkannt. Gerade in Sachen Korruptionsbekämpfung hat der Schutz der Whistleblower eine wichtige Rolle; Verbesserungen werden deshalb auch im öffentlichrechtlichen Bereich angestrebt.

4. Wer ist ans Amtsgeheimnis gebunden?

Eine Amtsgeheimnisverletzung kann nur begehen, wer Behördenmitglied oder Beamter ist (vgl. Art. 320 Abs. 1 StGB). Entscheidend ist dabei nicht das personalrechtliche Kriterium des Anstellungsverhältnisses, sondern die Ausübung von Funktionen im Dienst der Öffentlichkeit. Eine Sachbearbeiterin bei der Gemeinde macht sich damit genau so strafbar wie ein Amtsvormund. Selbst eine vorübergehende Anstellung genügt, und die Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses besteht auch nach dem Ausscheiden aus einem Amt bis zum Tod weiter (BGE 123 IV 76 f.). Nicht erfasst ist, wer auf privater Basis tätig wird,



z.B. ein privater Vormund oder Beistand (BGE 76 IV 150 f.).

5. Was gilt als Amtsgeheimnis – und wie wird es verletzt?

Als Geheimnis gilt jede Tatsache, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt ist und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat. Entscheidend ist nicht, ob die Tatsache als geheim erklärt worden ist oder nicht. Unbeachtlich ist grundsätzlich das Interesse Dritter – und insbesondere der Öffentlichkeit – an der Bekanntgabe der geheimen Tatsache (vgl. BGE 127 IV 130). Erfasst sind nur Tatsachen, die dem Amtsträger in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden sind oder die er in seiner amtlichen Stellung wahrgenommen hat. Ein Foto, das ein Polizeibeamter bei der Verhaftung Hannibal Ghadhafis macht, gehört ebenso dazu wie ein Aktenstück aus einer Strafuntersuchung gegen Roland Nef. Was ein Beamter hingegen privat erfahren hat oder genauso gut privat hätte in Erfahrung bringen können, unterliegt nicht dem Amtsgeheimnis (BGE 115 IV 236 f.). Verletzt ist das Amtsgeheimnis mit der Offenbarung also dann, wenn das

Geheimnis einer dazu nicht ermächtigten Drittperson zur Kenntnis gebracht oder dieser zumindest die Kenntnisnahme ermöglicht wird. Wie das genau geschieht, spielt keine Rolle. Vorausgesetzt ist immerhin, dass der Täter vorsätzlich oder zumindest eventualvorsätzlich handelt; Fahrlässigkeit reicht für eine Bestrafung nicht aus – auch dann sind aber disziplinarrechtliche Konsequenzen denkbar.

6. Amtsgeheimnis gilt auch innerhalb der Verwaltung

Angesichts der über die Medien in die Öffentlichkeit getragenen Fälle gerät gerne in Vergessenheit, dass das Amtsgeheimnis auch in der Verwaltung selbst gilt. Die öffentliche Verwaltung ist also keineswegs eine Art «Käseglocke», innerhalb derer Geheimnisse frei verbreitet werden dürften. Es spielt demnach keine Rolle, ob der Empfänger einer Mitteilung seinerseits dem Amtsgeheimnis oder einer anderen Geheimhaltungspflicht untersteht. Vielmehr gilt eine Art «informationelle Gewaltenteilung» zwischen den Verwaltungszweigen: Was die rechte Hand weiss, geht die linke Hand nichts an. Die Verpflichtung zur amtsinternen Geheimniswahrung

entfällt nur dann, wenn die Offenbarung gesetzlich vorgesehen oder dienstlich gerechtfertigt ist (BGE 114 IV 47 f.).

7. Fazit: Vorsicht Amtsgeheimnis!

Werden vermeintliche Missstände in einem Amt aufgedeckt oder führen intime Details zur Absetzung des Armeechefs, so hat es das breite Publikum nicht zu kümmern, wie die Geschichten eigentlich in die Öffentlichkeit gelangt sind.

Die Medien ihrerseits haben an gezielten Indiskretionen je länger je mehr Interesse: Gute Geschichten sind im Kampf um die Gunst des Publikums gefragt, und bei Amtsgeheimnisverletzungen sind Medienschaffende auf der sicheren Seite – es sei denn, sie würden etwa Geheimnisträger zur Verletzung des Amtsgeheimnisses anstiften, mit der Publikation gegen sonstige Straftatbestände verstossen oder Persönlichkeitsrechte verletzen. Zur allgemeinen Verwirrung beigetragen haben mag auch das nach und nach eingeführte Öffentlichkeitsprinzip, das die Transparenz über die Tätigkeit der Verwaltung zu Recht fördert und den Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährleistet. Am Amtsgeheimnis selbst wird dadurch aber nicht gerüttelt.

Zu guter Letzt sei nochmals darauf hingewiesen, dass das Amtsgeheimnis nicht nur die Bürger schützt, welche mit staatlichen Institutionen in Kontakt treten und dabei sensible Daten offenlegen (müssen). Es dient ebenso sehr dem reibungslosen Funktionieren der Verwaltung und der Rechtspflege selbst.

*Dr. iur. Michael Merker
lic. iur. Adrian Kramer*