

Universität Zürich

Das moderne Amtsgeheimnis im Spannungsfeld des Öffentlichkeitsprinzips

Schwerpunkt Personendaten

Masterarbeit

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Vorgelegt von: Caroline Thalner

Email: caroline.thalner@schmidpartner.ch

Eingereicht bei: Prof. Dr. Gunhild Godenzi

Abgabetermin: 28. Februar 2019

II

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	VI
Materialienverzeichnis	VIII
1. Einleitung.....	1
1.1. Ausgangslage	1
1.2. Aufbau der Arbeit.....	2
1.3. Abgrenzung	3
2. Amtsgeheimnis	5
2.1. Geheimnisbegriff.....	6
2.2. Tatobjekt.....	8
2.3. Rechtfertigungsgründe	12
2.3.1. Art. 320 Abs. 2 StGB.....	12
2.3.2. Art. 14 StGB	12
2.3.3. Wahrung berechtigter Interessen	13
3. Öffentlichkeitsgesetz.....	13
3.1. Bundesebene.....	14
3.2. Kantonale Ebene	17
4. Datenschutzgesetz.....	19
4.1. Schutzbereich Privatsphäre	19
4.2. Bundesebene.....	21
4.3. Kantonale Ebene	24
5. Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip	25
6. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen.....	27
6.1. Allgemein	27
6.2. Strafrecht, Art. 123 BV	29
6.3. Öffentlichkeitsgesetz und Datenschutz	30
6.3.1. Öffentlichkeitsgesetz	30
6.3.2. Datenschutzgesetz	31
7. Legalitätsprinzip im Strafrecht	33
7.1. Nulla poena sine lege scripta.....	34
7.2. Nulla poena sine lege certa.....	35

III

8. Folgen des Öffentlichkeitsprinzips für das Amtsgeheimnis	37
8.1. Legalitätsprinzip.....	39
8.2. Zwischenfazit	42
8.3. Kompetenzverteilung	42
8.4. Zwischenfazit	45
8.5. Tatobjekt.....	46
8.6. Zwischenfazit	53
8.7. Rechtfertigungsgründe	54
8.8. Zwischenfazit	57
9. Lösungsansatz.....	57
10. Exkurs: Strafprozess.....	60
10.1. Öffentlichkeit.....	60
10.2. Strafverfahren	61
10.3. Vorverfahren (Ermittlung und Untersuchung)	62
10.4. Polizeiliche Vorermittlung	64
10.5. Zwischenfazit.....	68
Schlussbetrachtung.....	69

Abkürzungsverzeichnis

a	alt
Abs.	Absatz
AG	Kanton Aargau
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AR	Kanton Appenzell Ausserrhoden
ARE	Bundesamt für Raumentwicklung
Art.	Artikel
ATSG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) (SR 830.1)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BE	Kanton Bern
BetmG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG) (SR 812.121)
BetmVV-EDI	Verordnung des EDI vom 30. Mai 2011 über die Verzeichnisse der Betäubungsmittel, psychotropen Stoffe, Vorläuferstoffe und Hilfschemikalien (Betäubungsmittelverzeichnisverordnung, BetmVV-EDI) (SR 812.121.11)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BGÖ	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) (SR 152.3)
BGFA	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) (SR 935.61)
BJ	Bundesamt für Justiz
BL	Kanton Basel-Landschaft
BS	Kanton Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar

V

BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG) (SR 235.1)
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (SR 0.101)
EU	Europäische Union
FAQ	Frequently Asked Questions
FINMAG	Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) (SR 956.1)
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FR	Kanton Freiburg
GE	Kanton Genf
GG	Gemeindegesetz (LS 131.1)
GKG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 1996 über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter, besonderer militärischer Güter sowie strategischer Güter (Güterkontrollgesetz, GKG) (SR 946.202)
GR	Kanton Graubünden
HB	Handbuch
HMG	Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) (SR 812.21)
Hrsg.	Herausgeber

VI

IDAG/AG	Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen (IDAG) (SAR 150.700)
IDG	Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG) (LS 170.4)
IDV	Verordnung über die Information und den Datenschutz (IDV) (LS 170.41)
i.S.e.	im Sinne einer
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
IG	Bern Öffentlichkeitsgesetz BSG 107.1.
InfoDG	Informations- und Datenschutzgesetz (InfoDG) (BGS 114.1)
IRP-HSG	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen
i.V.m.	in Verbindung mit
Jh.	Jahrhundert
JU	Kanton Jura
KGÖ/GR	Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip (BR 171.000)
KV/BE	Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV BE; SR 131.212)
KV/ZH	Verfassung des Kantons Zürich (LS 101)
lit.	litera
LIPAD	Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD) (A 2.08)
LU	Kanton Luzern
N.	Randnote
NE	Kanton Neuenburg
OeG/UR	Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der kantonalen Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, OeG) (RB 2.2711)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)

VII

PartG	Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG) (SR 211.231)
PK	Praxiskommentar
PolG	Polizeigesetz
PolG/ZH	Polizeigesetz (LS 550.1)
S.	Seite
SekL	Offentlighets- och sekretesslag (2009:400)
SG	Kanton St. Gallen
SGK	St. Galler Kommentar
SH	Kanton Schaffhausen
SHG	Sozialhilfegesetz (SHG) (LS 851.1)
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJT	Svensk Juristtidning
SK	Strafkammer
SO	Kanton Solothurn
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
SZ	Kanton Schwyz
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG) (SR 741.01)
TF	Tryckfrihetsförfordningen (SFS nr: 1949:105)
TI	Kanton Tessin
UR	Kanton Uri
USG	Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) (SR 814.01)
VD	Kanton Waadt
VG	Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VR) (SR 170.32)
vgl.	vergleiche

VIII

VS	Kanton Wallis
WaG	Bundesgesetz vom 4.Oktober 1991 über den Wald (Waldgesetz, WaG) (SR 921.0)
ZBL	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwal- tungsrecht
zit.	zitiert
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZG	Kanton Zug
ZH	Kanton Zürich
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
z.T.	zum Teil

Literaturverzeichnis

BAERISWYL BRUNO/RUDIN BEAT (Hrsg.), Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich (IDG), Zürich/Basel/Genf 2012 (zit.: IDG-BEARBEITER/-IN, §).

BEHLSEER EVA MARIA/EPINEY ASTRID/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011 (zit.: DS-BEARBEITER/-IN).

BLÖCHLINGER KARIN, Amtsgeheimnis und Behördenkooperation, Zum Spannungsfeld von Geheimnisschutz und Verwaltungstätigkeit, Zürich 2015 (zit.: BLÖCHLINGER).

BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDER (Hrsg.), Personen- und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz, Art. 1 - 456 ZGB – PartG, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: CHK ZGB-BEARBEITER/-IN, Art.).

BRUNNER C. STEPHAN/MADER LUZIUS (Hrsg.), Öffentlichkeitsgesetz, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ), Stämpfli Handkommentar, Bern 2008 (zit.: SHK – BEARBEITER/-IN).

BÜRGE LUKAS, Polizeiliche Ermittlung und Untersuchung, Charakteristika, Abgrenzungen und Auswirkungen auf die Beschuldigtenrechte, Bern 2018 (zit.: BÜRGE).

COHEN EMANUEL, Im Zweifel für die Strafe? Der Umgang mit dem Legalitätsprinzip im materiellen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebotes und des Analogieverbotes, Zürich 2015 (zit.: COHEN).

CONRADI JOACHIM, Das Öffentlichkeitsprinzip in der schwedischen Verwaltung, Diss., Berlin 1968 (zit.: CONRADI).

DONATSCH ANDREAS (Hrsg.), StGB/JStG Kommentar, Mit weiteren Erlassen und Kommentaren zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG/AIG, OFK-Orell Füssli Kommentar, Zürich 2018 (zit.: OFK StGB/JStG-BEARBEITER/-IN, Art.).

DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, Zürich 2013 (zit.: DONATSCH/TAG).

X

DONATSCH ANDREAS/THOMMEN MARC/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Auflage, Zürich 2017 (zit.: DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS).

EEK HILDING, Nya tryckfrihetsförfordningen, Stockholm 1948 (zit.: EEK).

EICKER ANDREAS, Zur Ermittlung des Bestimmtheitsgefälles von Strafvorschriften im Nebenstrafrecht, in: ZStR 132/214, S.168-193 (zit.: EICKER).

EHRENZELLER BERNHARD (Hrsg.), Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, in: IRP-HSG, Bd 39, St. Gallen 2006 (zit.: IRP HSG-BEARBEITER/-IN).

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, St. Gallen (2014) (zit.: SGK BV-BEARBEITER/-IN, Art.).

ESSLINGER FRITZ, Das Amtsgeheimnis und dessen Verletzung. Mit besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen Bundesrechts und des Zürcherischen Rechts, Diss. Univ. Zürich 1906 (zit. ESSLINGER).

FRITSCHÉ CLAUDIA M./STUDER NADINE, Arbeitsprodukte interner Untersuchungen, in: AJP 2018, S.168-180 (zit.: FRITSCHÉ/STUDER).

GRIFFEL ALAIN, Die Grundsatzgesetzgebungskompetenz gemäss Art. 75 Abs. 1 BV: Tragweite und Grenzen, Rechtsgutachten zuhanden des Bundesamtes für Raumentwicklung ARE, Zürich 2017 (zit.: GRIFFEL).

GROSSMANN ANNA MARIA, Die Verletzung des Amtsgeheimnisses auf Grund des Art. 320 des schweizerischen Strafgesetzbuches, Diss., Zürich 1946 (zit.: GROSSMANN).

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR).

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/St.Gallen 2016 (zit.: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN).

HOFER MARC, *Transparenz in Europa? Öffentlichkeitsprinzip in der Europäischen Union und in der Schweiz*, in: Dossier Nr. 14 des Schweizerischen Bundesarchivs, Zürich: Chronos, 2007 (zit.: HOFER).

ISSLER PETER, *Die Verletzung des Amtsgeheimnisses nach schweizerischem Recht StGB Art. 320*, Basel 1944 (zit. ISSLER).

JAAG TOBIAS/RÜSSLI MARKUS/JENNI VITTORIO, *GG Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz und zu den politischen Rechten in den Gemeinden*, Zürich 2017 (zit.: GG, BEARBEITER/-IN, §).

KJELLIN BJÖRN, *Nagra synpunkter på finsk och svensk sekretess*; SJT 1950, S.603-610 (zit. KJELLIN).

KILLIAS MARTIN/MARKWALDER NORA/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE, *Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Bern 2017 (zit.: KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS).

MAURER-LAMBROU URS/BLECHTA GABOR-PAUL (Hrsg.), *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz*, Basel 2014 (zit.: BSK BGÖ-BEARBEITER/-IN, Art.).

MAURER-LAMBROU URS/BLECHTA GABOR-PAUL (Hrsg.), *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz*, Basel 2014 (zit.: BSK DSG-BEARBEITER/-IN, Art.).

MICHLIG MATTHIAS, *Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden unter dem Aspekt der Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB)*, Diss., Zürich 2013 (zit.: MICHLIG).

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2014 (zit.: BSK StPO-BEARBEITER/-IN, Art.).

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz*, Basel 2018 (zit.: BSK StGB-BEARBEITER/-IN, Art.).

XII

NUSPLIGER KURT, Öffentlichkeitsprinzip und Datenschutz im Kanton Bern, in: *Arbido* 20(2005), S.5-8 (zit.: NUSPLIGER).

PASSADELIS NICOLAS/ROSENTHAL DAVID/THÜR HANSPETER (Hrsg.), *Datenschutzrecht, Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Handbücher für die Anwaltspraxis*, Basel 2015 (zit.: HB DS-BEARBEITER/-IN).

SAXER URS, Möglichkeiten und Grenzen der Informationspolitik des Polizeidepartements und der Stadtpolizei Zürich vor dem Hintergrund gesetzlicher Geheimhaltungsvorschriften, namentlich von Art. 320 StGB, *Rechtsgutachten, erstattet dem Polizeidepartement der Stadt Zürich*, Zürich 2002 (zit.: SAXER).

SCHNYDER ANTON K./PORTMANN WOLFGANG/MÜLLER-CHEN MARKUS, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Zürich/Basel/Genf 2013, (zit.: SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN).

STRATENWERTH GÜNTHER/BOMMER FELIX, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, Bern 2013 (zit.: STRATENWERTH/BOMMER, §).

STREBEL ELISABETH, *Grenzen medialer Öffentlichkeitsarbeit der Staatsanwaltschaft: zum Schutz der Persönlichkeitsrechte der beschuldigten Person im Vorverfahren*, Diss., Luzern 2010 (zit. STREBEL).

TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxis-kommentar*, Zürich/St.Gallen 2012 (zit.: PK StGB-BEARBEITER/-IN, Art.).

STEINMANN GEROLD, Öffentlichkeitsprinzip auf Bundes- und Kantonebene – Gemeinsamkeiten, Unterschiede, Eigenheiten?, in: *ZBI* 119/2018, S.381-382 (zit.: STEINMANN).

WALDEMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizer Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit.: BSK BV-BEARBEITER/-IN, Art.).

XIII

WEBER ROLF H., Datenschutz v. Öffentlichkeitsprinzip, Erläuterungen zu den Spannungsfeldern am Beispiel des Zürcher Informations- und Datenschutzgesetzes, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit.: WEBER).

WEBER ROLF H., Information und Schutz Privater, in ZSR 1999, S.69-80 (zit.: WEBER, ZSR).

WEGENER BERNHARD, Der geheime Staat, Arkantradition und Informationsfreiheitsrecht, Göttingen 2006 (zit.: WEGENER).

WILLERS CATHARINA, Pressen och offentlighetsprincipen, Stockholm 1965 (zit.: WILLERS).

PERRIN RENÉ, Le secret de fonction en droit fédéral suisse, Diss. Neuenburg 1947 (zit.: PERRIN).

Materialienverzeichnis

Bericht über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Zweiter Teil, Dem hohen eidgenössischen Justizdepartement erstattet von Dr. Carl Stoss, 1901, unter:

[https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/thommen/materi-
lien.html](https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/thommen/materi-
lien.html) (zuletzt besucht am 11.02.2019) (zit.: Stoos).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zit.: BBl 2003 1963 ff.).

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 II 413 (zit.: BBl 1988 II 413 ff.).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941 (zit.: BBl 2017 6941 ff.).

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

Schlussbericht zur Evaluation des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung vom 09.12.2014, unter:

[https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/oeffentlichkeitsprinzip/evaluationen-
des-bgoe.html](https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/oeffentlichkeitsprinzip/evaluationen-
des-bgoe.html) (zuletzt besucht am 11.02.2019) (zit.: Evaluation).

Schweizerisches Strafgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, im Auftrag des eid. Justiz- und Polizeidepartements von Prof. Zürcher in Zürich verfasst, veröffentlicht 1914, unter:

[https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/thommen/materi-
lien.html](https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/thommen/materi-
lien.html) (zuletzt besucht am 11.02.2019) (zit.: Zürcher).

XV

Schweizerisches Strafgesetzbuch, Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band VI, November 1914 / Code pénal suisse, Procès-verbal de la deuxième commission d'experts, Volume VI, Novembre 1914, unter:

<https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/thommen/materialien.html> (zuletzt besucht am 11.02.2019) (zit.: Hafter).

Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, unter:

<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/oeffentlichkeitsprinzip/dokumentation--hilfsmittel/faq-zur-umsetzung-des-oeffentlichkeitsprinzips.html> (zuletzt besucht am 22.02.2019) (zit.: BJ-FAQ, Frage).

1. Einleitung

1.1. Ausgangslage

Mit der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips im Jahr 2006 fand innerhalb der öffentlichen Verwaltung ein Paradigmenwechsel vom Geheimhaltungs- hin zum Öffentlichkeitsprinzip statt. Bis zu diesem Zeitpunkt galt in der Verwaltung das Geheimhaltungsprinzip. Beamte mussten grundsätzlich Stillschweigen über ihre Tätigkeiten bewahren. Gaben sie unbefugter Weise Informationen, die sie in ihrer amtlichen Tätigkeit erfahren hatten weiter, wurden sie strafrechtlich verfolgt (Art. 320 StGB). Mittlerweile wird von einer modernen Verwaltung Transparenz gefordert. Die Staatsgewalt muss sich in einem demokratischen Staat legitimieren und sich für ihr Tun vor der Öffentlichkeit verantworten. Dieses Verständnis eines demokratischen Staates verlangt von den Regierenden ein transparentes Handeln.¹ Transparenz schafft nicht nur Vertrauen in den Staat, es ermöglicht auch Kontrolle.² Die Schweiz ist diesem Anspruch an einen modernen Staat durch die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips nachgekommen. Seit 2006 sind nun alle amtlichen Informationen nicht mehr geheim, sondern öffentlich.³ Mit dem Öffentlichkeitsgesetz des Bundes (BGÖ) wird jeder Person das Recht eingeräumt, Einsicht in Dokumente der Behörde zu nehmen.⁴

Die Öffentlichkeit hat somit einerseits ein grundsätzliches Anrecht auf vorhandene Informationen von der öffentlichen Verwaltung. Auf der anderen Seite rückt der Schutz von Personendaten immer mehr ins Blickfeld der Gesetzgebung. Diesen zwei unterschiedlichen Ansprüchen – Öffentlichkeitsprinzip versus Schutz von Personendaten – straflos erfüllen zu können, bedeutet für die Beamten eine neue Herausforderung, denn die Offenbarung eines Geheimnisses wird von Amtes wegen verfolgt (Art. 320 StGB, Verletzung eines Amtsgeheimnisses).⁵

¹ HOFER, S.1.

² NUSPLIGER, S.5.

³ In der vorliegenden Arbeit werden Information, Dokument, Tatsachen und Daten als Synonyme verwendet.

⁴ BBl 2003 1964.

⁵ BBl 2017 6943.

Für die öffentliche Verwaltung hat dies zur Folge, dass sie zwei diametralen Forderungen ausgesetzt ist: Einerseits wird vollständige Transparenz verlangt und andererseits ist es Aufgabe der Verwaltung, das Amtsgeheimnis zu schützen.

Anlässlich der Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes auf Bundesebene (BGÖ) kam daher die Frage nach den Auswirkungen auf das Amtsgeheimnis auf. Im FAQ zum BGÖ nahm das BJ zu diesem Thema wie folgt Stellung: „Das Amtsgeheimnis ist in seiner Tragweite indirekt neu definiert. Dem Amtsgeheimnis unterliegen nur noch Informationen, die nicht in den Geltungsbereich des BGÖ fallen, die durch spezialgesetzliche Bestimmungen als geheim erklärt werden oder die unter eine der im Öffentlichkeitsgesetz selbst vorgesehenen Ausnahmebestimmungen fallen.“⁶

Die Lehre vertritt demgegenüber die Meinung, dass das Öffentlichkeitsprinzip keine Auswirkung auf das strafrechtliche Amtsgeheimnis hat.⁷

Diese zwei doch sehr unterschiedlichen Meinungen, welche nicht zuletzt in der Rechtsprechung und damit in der Rechtssicherheit der Rechtsanwender fundamental verschiedene Auswirkungen haben können, werden zum Anlass genommen, mögliche Einflüsse des Öffentlichkeitsgesetzes auf das Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB) zu untersuchen.

1.2. Aufbau der Arbeit

Der erste Teil der Arbeit bettet das Thema theoretisch ein. Begonnen wird in Kapitel 2 mit der Erläuterung des Amtsgeheimnisses. Der Fokus liegt auf dem Geheimnisbegriff und der Entwicklung des Tatobjekts. Das Kapitel schliesst mit den Rechtfertigungsgründen für eine Amtsgeheimnisverletzung. In Kapitel 3 und 4 folgt eine kurze Beschreibung des Öffentlichkeitsgesetzes und des Datenschutzgesetzes. Der Schwerpunkt dieser Darstellung liegt bei den für eine Amtsgeheimnisverletzung relevanten Themen. Der Themenblock schliesst mit Kapitel 5. Darin wird die Auswirkung des Öffentlichkeitsprinzips auf den Datenschutz erläutert. Das anschließende Kapitel behandelt die Kompetenzverteilung in der Gesetzgebung zwischen Bund und Kantonen. Es sollen die verschiedenen Arten und Einflussbereiche der

⁶ BJ - FAQ, Frage 1.1.2.

⁷ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S.575.

Gesetzgebung hinsichtlich Datenschutzrecht, Öffentlichkeitsgesetz bzw. Strafrecht eingegrenzt werden. Nach einer allgemeinen Erörterung wird daher die Kompetenzverteilung im Strafrecht, dem Öffentlichkeitsgesetz und dem Datenschutz erklärt. Der theoretische Teil der Arbeit endet mit dem Legalitätsprinzip im Strafrecht (Art. 1 StGB).

Der zweite Teil der Arbeit konzentriert sich auf die Anwendung des Öffentlichkeitsprinzips im Hinblick auf das Amtsgeheimnis. Aus verschiedenen Blickwinkeln wird die Auswirkung des Öffentlichkeitsprinzips auf das Amtsgeheimnis analysiert. Abgeschlossen wird jeder „Blickwinkel“ mit einem Zwischenfazit. Kapitel 8.1. beurteilt die Auswirkung aus dem Aspekt des Legalitätsprinzips und anschliessend in Kapitel 8.3 bezüglich der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kanton. In Kapitel 8.5 werden die Ergebnisse der vorangegangenen Kapitel 8.3 und 8.5 auf das Tatobjekt angewendet. Beendet wird Kapitel 8 mit einer Analyse des Öffentlichkeitsprinzips in Bezug auf die Rechtfertigungsgründe.

Der dritte Teil versucht unter Kapitel 9 mögliche Lösungsansätze aufzuzeigen. Im anschliessenden Kapitel 10 wird ein Exkurs ins Strafprozessrecht unternommen. Die zuvor erarbeiteten Erkenntnisse werden auf das Vorverfahren und die polizeiliche Vorermittlungen angewendet. Abgeschlossen wird die Arbeit mit einer Schlussbetrachtung.

1.3. Abgrenzung

Die vorliegende Arbeit fokussiert ihre Analyse auf das Tatobjekt und Rechtfertigungsgründe einer Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB). Auswirkungen des Öffentlichkeitsprinzips auf den Normadressaten, den subjektiven Tatbestand und Fragen rund um das Thema Schuld oder den Kausalzusammenhang werden nicht behandelt.

Die Arbeit verfolgt nicht das Ziel, eine umfassende Darstellung der Öffentlichkeits- und Datenschutzgesetzgebung zu geben. Das würde auch den Umfang dieser Arbeit sprengen. Die Arbeit konzentriert sich auf die Punkte, welche nach Auffassung der Verfasserin relevant für das Amtsgeheimnis sind. Dies sind namentlich Art. 4, 7

und 8 BGÖ. Keine Ausführungen werden daher u.a. zu Abgrenzungsfragen zum Begriff „amtliche Dokumente“ und Zugangsregelungen zu den Dokumenten gemacht. Die kantonalen Erlasse werden nur zusammenfassend erwähnt. Bei der Datenschutzgesetzgebung wird lediglich eine kurze Darstellung des DSG, dem Rahmengesetz und seiner kantonalen Erlasse gegeben. Auch beim Datenschutz wird nur auf die für die Arbeit wesentlichen Themen hingewiesen. Die Arbeit beinhaltet wie beim BGÖ keine Auseinandersetzung mit den Zugangsmodalitäten oder der Klassifizierung der Personendaten in „schützenswert“ und „besonders schützenswert“. Ebenfalls ist Geltung des DSG (Art. 2 Abs. 1 lit. b DSG) für Private nicht Thema dieser Arbeit.

Mögliche Konkurrenzfragen werden in der Arbeit ebenfalls nicht behandelt.

2. Amtsgeheimnis

Das Amtsgeheimnis entspricht einem alten und langjährigen Bedürfnis der öffentlichen Verwaltungen. Die Entwicklung des Amtsgeheimnisses lässt sich zurückverfolgen bis in die Zeit des Absolutismus im 16. Jahrhundert. Absolutistischen Herrschern diente die Geheimhaltung staatlicher Angelegenheiten zur Absicherung ihrer Macht, Positives wurde veröffentlicht und Ungünstiges geheim gehalten.⁸

Durch die Freiheitsideen der französischen Revolution wurde das absolutistische Herrschaftsdenken im 18. Jh. zurückgedrängt. Als Folge dieser Veränderung erlebte das Bedürfnis nach einem Amtsgeheimnis eine starke Abschwächung.⁹ Die Bürger erkannten, dass Transparenz die Kontrolle der Staatsgewalten ermöglicht und in einer modernen Demokratie von essentieller Bedeutung ist.¹⁰ In Schweden wurde bereits 1766, als Bestandteil der damals eingeführten Pressefreiheit, der Anspruch jedes Bürgers, in jedes Schriftstück der Verwaltung einzusehen in der Verfassung verankert.¹¹ Nur Diktatoren halten bzw. hielten am absoluten Prinzip der Verschwiegenheit fest.¹²

In der Schweiz verankerte das Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 4. Februar 1853 das Amtsgeheimnis auf Bundesebene unter dem vierten Titel: Verbrechen, welche von den Bundesbeamten in ihrer amtlichen Eigenschaft verübt werden. Das Amtsgeheimnis war beschränkt auf Mitteilungen über mündliche Verhandlungen und über Akten, deren Geheimhaltung dem Beamten geboten war (Art. 53 lit.c aStGB).¹³

Im Laufe des 20. Jh. trat der „Öffentlichkeitsanspruch“ des 18. Jh. mehr und mehr in den Hintergrund. In der öffentlichen Verwaltung breitete sich wieder verstärkt das Geheimhaltungsprinzip aus. Dementsprechend änderte sich die Auslegung des strafrechtlich geschützten Amtsgeheimnisses.¹⁴

⁸ MICHLIG, S.176.

⁹ ESSLINGER, S.45.

¹⁰ WEGENER, S.31.

¹¹ CONRADI, S.11.

¹² MICHLIG, S.176.

¹³ GROSSMANN, S.6.

¹⁴ Vgl. STOOS, S.19; ZÜRCHER, S.214; HAFTER, S.143; BGE 77 IV 39, E.3; BGE 108 IV 185, E.1a.

Heute wird die Geheimhaltungspflicht strafrechtlich durch Art. 320 StGB geschützt. Behördenmitgliedern (Art. 110 Abs. 3 StGB) ist es grundsätzlich nicht erlaubt, über geheime Tatsachen, die ihnen in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit zur Kenntnis gelangt sind, zu kommunizieren.¹⁵ Eine Ausnahme vom Geheimhaltungsprinzip bestand nur bei der Verpflichtung zur Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen (z.B. Art. 69 Abs. 1 StPO), sowie bei der Öffentlichkeit parlamentarischer Debatten.¹⁶

„Die Legitimation des Amtsgeheimnisses muss sich aus dem Rechtszweck ergeben, da das Amtsgeheimnis keinen Selbstzweck hat.“¹⁷ Nicht um seiner selbst Willen wird das Amtsgeheimnis geschützt, sondern wegen des Schadens für den Staat oder die Privatperson durch eine Verletzung.¹⁸

„Das Amtsgeheimnis dient dem reibungslosen Funktionieren der Verwaltung und der Rechtspflege. Die staatlichen Organe sollen ihre Geschäfte seriös vorbereiten, beraten und abwickeln können, ohne dass sie unzulässigen Einmischungsversuchen ausgesetzt sind oder Aussenstehende von Insiderwissen profitieren können.“¹⁹

2.1. Geheimnisbegriff

Für die Untersuchung des Tatbestandes der Amtsgeheimnisverletzung benötigt es eine umfassende juristische Auseinandersetzung mit dem Geheimnisbegriff. Im alltäglichen Sprachgebrauch wirkt der Begriff des Geheimnisses vertraut, die rechtliche Definition bereitet jedoch grössere Schwierigkeiten.²⁰ Bei Einführung des Straftatbestandes hat der Gesetzgeber auf eine Legaldefinition des Geheimnisbegriffes verzichtet, im Bewusstsein, dass das Geheimnis ein schwer fassbarer Begriff ist.²¹

Für Carl Stoos welcher im Jahr 1901 seinen Vorentwurf zum Schweizerischen

¹⁵ GROSSMANN, S.21.

¹⁶ SAXER, N.10.

¹⁷ MICHLIG, S.188.

¹⁸ ZÜRCHER, S.413.

¹⁹ BSK-StGB-OBERHOLZER, Art.320 N.4.

²⁰ MICHLIG, S.189.

²¹ HAFTER, S. 143 f.

Strafgesetzbuch vorstellte, wurden, noch ganz im Sinne der Aufklärung vom Amtsgeheimnis, nur geheime Verhandlungen der Behörden und geheime gerichtliche Untersuchungen abgedeckt.²² Wenige Jahre später hatte sich die Vorstellung des Amtsgeheimnisses bereits stark geändert. Emil Zürcher splittete das Amtsgeheimnis, in seinen „Erläuterungen zum Vorentwurf 1908“, in das Staatsgeheimnis und Privatgeheimnis auf. Für Zürcher bezog sich das Staatsgeheimnis auf die politische Tätigkeit, auf Verwaltung des Staatsvermögens und das Fiskalgeheimnis. Das Privatgeheimnis umfasste alle Geheimnisse, die ein Privater dem Beamten in dessen amtlichen Stellung anvertrauen musste (z.B. Post- und Fernmeldegeheimnis, Steuergeheimnis) oder die auch gegen den Willen des Privaten in die Kenntnis des Beamten gelangten (z.B. Betriebs- und Fabrikationsgeheimnis).²³ Diese zweiteilige Auffassung und der Umfang des Amtsgeheimnisses wurden bis in die heutige Zeit beibehalten.²⁴

Heute wird im Schweizer Strafrecht zwischen dem formellen und dem materiellen Geheimnisbegriff unterschieden.²⁵ Nach dem formellen Geheimnisbegriff ist eine Tatsache geheim, wenn die Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen durch Gesetz oder durch Beschluss der Behörde als geheim erklärt worden sind.²⁶ Ein materieller Geheimnisbegriff liegt gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung vor, wenn eine Tatsache nur den Geheimnisträgern als beschränktem Personenkreis bekannt ist, also weder allgemein bekannt noch öffentlich zugänglich ist. Der Geheimnisherr muss anderen Personen gegenüber ausdrücklich oder konkludent seinen Geheimhaltungswillen begründen und ein rechtlich geschütztes Geheimhaltungsinteresse haben.²⁷

In seiner frühen Rechtsprechung zu Art. 320 StGB ging das Bundesgericht 1950 noch von einem formellen Geheimnis aus.²⁸ In den 60er Jahren sah es die Konkre-

²² STOOS, S.19.

²³ ZÜRCHER, S.214.

²⁴ BSK StGB – OBERHOLZER, Art. 320, N 3; MICHLIG, S.187.

²⁵ BGE 108 IV 185, E.1a.

²⁶ BGE 216 IV 236, E.2c.

²⁷ BGE 127 IV 122, E.1 und 3b/bb; BSK StGB–OBERHOLZER, Art. 320, N.7; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S.576.

²⁸ BGE 77 IV 39, E.3.

tisierung des Amtsgeheimnisses in der Kompetenz der Kantone. Diese konnten bestimmen, wann und in welchem Umfang ihre eigenen Beamten zur Geheimhaltung verpflichtet sind.²⁹ Eine klare Trennung zwischen formellem und materiellem Geheimnis fand erst im Jahre 1982 statt, als das Bundesgericht Art. 293 StGB den formellen und Art. 320 StGB ausschliesslich den materiellen Geheimnisbegriff zugrunde legte.³⁰ In der Lehre und Praxis wurde bis zu dieser Praxisänderung kontrovers diskutiert, ob sich die Pflicht zur Verschwiegenheit aus dem anwendbaren öffentlichen Recht ergeben muss und der Tatbestand der Amtsgeheimnisverletzung darum unselbstständiger Natur ist. Er diene „lediglich“ dazu, die Geheimhaltungsvorschriften des öffentlichen Rechts der Kantone und des Bundes strafrechtlich abzusichern.³¹ Durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung ergab sich in der Konsequenz, dass der Tatbestand der Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB selbstständiger Natur ist. „Der Geheimhaltungspflicht unterliegt jedes materielle Geheimnis, das Behördenmitgliedern oder Beamten anvertraut wird, selbst wenn keine beamtenrechtliche oder sonstige Norm das ausdrücklich sagen sollte.“³²

2.2. Tatobjekt

An ein Geheimnis im Sinne von Art. 320 StGB werden in Lehre und Rechtsprechung folgende Anforderungen gestellt: Es muss sich (1) um Tatsachen handeln, welche nur einem beschränkten Personenkreis (Geheimnisträger) bekannt sind, (2) bei denen der Geheimnisherr ausdrücklich oder stillschweigend die Geheimhaltung bekundet (Geheimhaltungswille) und (3) an deren Nichtverbreitung der Betroffene ein berechtigtes Interesse bzw. ein schützenswertes Interesse hat (Geheimhaltungsinteresse).³³ Von zentraler Bedeutung ist dabei die Forderung nach einem tatsächlichen Geheimnis (materiell). Es ist nicht relevant, ob etwas zum Geheimnis erklärt wird. Im Gegensatz zu Art. 293 StGB, das von einem formellen Geheimnis ausgeht, verlangt Art. 320 StGB ein materielles Geheimnis. Als echtes Sonderdelikt kommt nur ein Beamter nach Art. 110 Abs. 3 StGB oder Behördenmitglieder als Normadressaten in Frage, unabhängig von öffentlich-rechtlichen Schweigepflichten.³⁴

²⁹ BGE 87 IV 138, E.4a; BGE 94 IV 68, E.1.

³⁰ MICHLIG, S.195; BGE 108 IV 185, 188; BGE 126 IV 236, E. 2a.

³¹ SAXER, N.89; vgl. GROSSMANN, S.17ff.

³² STRATENWERTH/BOMMER, § 59 N. 6; BGE 142 IV 65, E.5.2.

³³ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S.576.

³⁴ BGE 142 IV 65, E.5.2; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S.576.

Im Folgenden werden die Voraussetzungen an einen materiellen Geheimnisbegriff näher erläutert. Die geheime Tatsache darf 1) nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sein, 2) die betroffene Person muss ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung besitzen und 3) ausdrücklich oder stillschweigend den Geheimhaltungswillen bekunden.

Beschränkter Personenkreis

Generell liegt es in der Natur der Sache, dass nicht jede Information jedem bekannt ist. Aus diesem Grund spielt diese Voraussetzung nur eine sehr untergeordnete Rolle. Soweit ersichtlich, wurde diese Voraussetzung noch nie vor Bundesgericht explizit bestritten. Diese Voraussetzung war mehr oder weniger automatisch gegeben, als in der öffentlichen Verwaltung das Geheimhaltungsprinzip bestand.³⁵ In der Lehre wurde die Voraussetzung des beschränkten Personenkreises dahingehend interpretiert, dass „Tatsachen, welche zahlreichen Personen bekannt sind, nicht mehr geheim sein können. Dies gilt insbesondere von über Medien verbreitete Tatsachen.“³⁶

Geheimhaltungswille

Der Geheimhaltungswille muss ausdrücklich oder stillschweigend bekundet werden. Ein Geheimnis wird nur strafrechtlich geschützt, wenn der Geheimnisherr die Geheimhaltung gefordert hat.³⁷ In der Regel wird der Geheimhaltungswille durch eine Norm ausgedrückt (z.B. Art. 73 Abs. 1 StPO). Es benötigt aber keine ausdrückliche Formulierung. Es genügt, wenn durch Auslegung des entsprechenden Gesetzes der Wille ermittelt werden kann.³⁸ Bei einer fehlenden Norm wird der Geheimhaltungswille angenommen, wenn durch Offenbarung des Geheimnisses ein (materieller/immaterieller) Schaden entsteht (Geheimhaltungsinteresse).³⁹

Geheimhaltungsinteresse

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und der herrschenden Lehre setzt ein

³⁵ Vgl. BGE 114 IV 44, E.2.

³⁶ SAXER, N.104.

³⁷ BGE 103 IV 283, E.2b; BGE 65 I 47, E.1f.

³⁸ BGE 77 IV 182, 183. MICHLIG, S.202.

³⁹ BGE 97 IV 111, E.2.

materielles Geheimnis ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse voraus.⁴⁰ Nur Geheimnisse von „erheblicher Bedeutung“ fallen unter den strafrechtlichen Schutz.⁴¹ Das Geheimhaltungsinteresse bezweckt, unwesentliche Tatsachen (sog. Bagatellgeheimnisse), deren Verbreitung niemanden schädigt, vom strafrechtlichen Schutz auszunehmen.⁴² Wann ein Geheimhaltungsinteresse vorliegt, sagt der Gesetzgeber nicht.

Das Bundesgericht verfolgt keine eindeutige Linie bei der Überprüfung des Geheimhaltungsinteresses: Beim Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis (z.B. Art. 162 StGB) wird ein Geheimhaltungsinteresse bejaht, wenn die Geheimnisverletzung zu einem materiellen Schaden führt.⁴³ Logischerweise müsste das Geheimhaltungsinteresse bei einer Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB) nach einem immateriellen/materiellen Schaden verlangen. Soweit ersichtlich, wurde diese Anforderung im Zusammenhang mit Art. 320 StGB aber nie gestellt. Regelmässig wird (nur) eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen vorgenommen.⁴⁴

In der Rechtsprechung fand beim strafrechtlichen Amtsgeheimnis ein Wandel vom formellen zu einem materiellen Geheimnisbegriff statt. Obwohl ursprünglich die Schweigepflichten des Verwaltungsrechts (z.B. Art. 22 BPG) die Grundlage für eine strafrechtliche Verfolgung einer Amtsgeheimnisverletzung begründeten, löste die Rechtsprechung im Laufe der Jahre diese Verbindung. Es wurde keine gesetzliche Schweigepflicht verlangt.⁴⁵ Somit wurde Art. 320 StGB eine selbstständige Norm.⁴⁶ Durch diese Trennung kam es praktisch zu einem Unterschied zwischen strafrechtlichem Amtsgeheimnis und verwaltungsrechtlicher Schweigepflicht. Konsequenterweise folgt daraus, dass der strafrechtliche Schutz des Amtsgeheimnisses weniger weit geht als die öffentlich-rechtlichen allgemeinen Geheimhaltungspflichten. Diese verpflichten häufig zu einer generellen Verschwiegenheit, unabhängig davon, ob materiell ein Geheimnis vorliegt (z.B. Art. 14 Abs.1 FINMAG).

⁴⁰ BGE 127 IV 122, E.3a; BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320, N.7.

⁴¹ BGE 126 IV 236, E. 4a.

⁴² MICHLIG, S.201.

⁴³ Vgl. SK.2013.11, E.2.2.2 vom 23.August 2013, BGE 101 IV 312, E.2.

⁴⁴ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S.577; MICHLIG, S.201.

⁴⁵ BGE 142 IV 65, E.5.2.

⁴⁶ Vgl anders SAXER, N.88ff.

Art. 320 StGB schützt daher nur einen Kernbestand von konkreten, tatsächlichen Geheimnissen.⁴⁷

In diesem Zusammenhang ist der etwas unpräzise Umgang mit dem Begriff „Amtsgeheimnis“ nicht sehr hilfreich. In zahlreichen öffentlich-rechtlichen Erlassen finden sich Bestimmungen zur allgemeinen Schweigepflicht von Beamten, und nicht selten werden diese allgemeinen Schweigepflichten unpräzise als „Amtsgeheimnis“ bezeichnet (z.B. Art. 14 Abs.1 FINMAG). Dabei handelt es sich keineswegs tatsächlich um ein Amtsgeheimnis i.S.v. Art. 320 StGB, sondern primär um formelle Geheimnisse. Werden die Voraussetzungen eines materiellen Geheimnisses nicht erfüllt, kann auch keine Verletzung i.S.v. Art. 320 StGB vorliegen. Trotz Rechtspraxis zu Art. 320 StGB gab es in den letzten 40 Jahren keine systematische Anpassung im Verwaltungsrecht. So fehlen fast vollständig Strafbestimmungen zu den verwaltungsrechtlichen Schweigepflichten. Diese systematische Ungenauigkeit hat zur Folge, dass die Verletzung von öffentlich-rechtlichen Schweigepflichten ebenfalls als strafrechtliche Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB geahndet werden.⁴⁸ Mit einer strikten Trennung zwischen formellem und materiellem Geheimnisbegriff bzw. Verwaltungsrecht und Strafrecht wird auch dem ultima ratio Grundsatz des Strafrechts entsprochen. Nur wenn das Geheimnis dem materiellen Geheimnisbegriff entspricht, kommt die strafrechtliche Sanktionierung (Art. 320 StGB) zur Anwendung. Der Anschein besteht, dass die strafrechtliche Verfolgung einer Geheimnisverletzung nicht ultima ratio ist, sondern das Mittel der ersten (einzigen) Wahl.⁴⁹ So verlagerte sich die Prüfung des Bundesgerichts vorwiegend darauf, ob der Geheimnisbruch gerechtfertigt war.⁵⁰ Dieser Ansatz ist deshalb nachvollziehbar, weil bis zur Einführung des Öffentlichkeitsprinzips in der Verwaltung das Geheimhaltungsprinzip existierte, d.h. jede amtliche Information primär geheim war.⁵¹ Zusätzlich genügte damals für die Bejahung eines Geheimnisinteresses

⁴⁷ SAXER, N.100.

⁴⁸ Es fehlen Strafbestimmungen in z.B. WaG, GKG, FINMAG, GG, IDG und ATSG.

⁴⁹ Vgl. BGer 6B_1192/2014, E.4.4.2 vom 24.04.2015, BGer 6B_305/2011, E.2 vom 12.12.2011, SB170227, E.IV 2b)aa)ff.

⁵⁰ ZR 90/1991, S.316; BGer 6B_305/2011, E.2 vom 12.12.2011; BGer 1C_660/2017, E.4.3 vom 15.06.2018.

⁵¹ BBl 2003 1965.

eine abstrakte, hypothetische Gefährdung.⁵²

„Das Öffentlichkeitsprinzip bewirkt diesbezüglich eine grundlegende Änderung: An die Stelle der Geheimhaltung unter Öffentlichkeitsvorbehalt tritt der Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt.“⁵³

2.3. Rechtfertigungsgründe

Die Verletzung eines Straftatbestandes ist nur bei rechtswidrigem und schuldhaftem Handeln strafbar. Bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes bleibt das Verhalten des Täters straffrei. Aufgrund zahlreicher Anzeige-, Informations- oder Meldepflichten kommt der Frage der Rechtswidrigkeit bei Art. 320 StGB eine erhebliche Bedeutung zu.⁵⁴

2.3.1. Art. 320 Abs. 2 StGB

Einen wichtigen Rechtfertigungsgrund nennt der Gesetzgeber in Art. 320 Ziff. 2 StGB selbst. Danach ist der Täter nicht strafbar, wenn das Geheimnis mit Einwilligung der vorgesetzten Behörde offenbart wird. Die vorgesetzte Behörde wird durch das Verwaltungsrecht bestimmt.⁵⁵ Die Behörde ist nur in der Funktion des Geheimnisherrn (Verwaltungsgeheimnisse) befugt, die Einwilligung zur Veröffentlichung zu erteilen. Bei Geheimnissen, welche ausschliesslich Privatpersonen betreffen, (Privatgeheimnisse) entfällt diese Kompetenz.⁵⁶ Es ist grundsätzlich Sache des Geheimnisträgers, die Einwilligung einzuholen.⁵⁷

2.3.2. Art. 14 StGB

Innerhalb der allgemeinen gesetzlichen Rechtfertigungsgründe ist auf Art. 14 StGB hinzuweisen: *„Wer handelt, wie das Gesetz gebietet oder erlaubt, verhält sich rechtmässig, auch wenn die Tat nach diesem oder einem anderen Gesetz mit Strafe bedroht ist.“* Mit Art. 14 StGB soll die Einheit der Rechtsordnung sichergestellt werden.⁵⁸ Zu denken ist beispielsweise an Melde- und Anzeigepflichten (z.B. Art.

⁵² SB170227, IV 2b)bb vom 16.03.2018.

⁵³ IRP HSG-MADER, S.15.

⁵⁴ MICHLIG, S.209.

⁵⁵ MICHLIG, S.210.

⁵⁶ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S.583.

⁵⁷ PERRIN, S.120; BGE 123 IV 75, E.2b.

⁵⁸ PK StGB-TRECHSEL/GETH, Art. 14, N.1.

75 Abs. 3 StPO oder Art. 104 Abs. 1 SVG).

2.3.3. Wahrung berechtigter Interessen

Der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen stellt einen Spezialfall zu Art. 14 StGB dar. Ursprünglich wurde dieser Rechtfertigungsgrund im Zusammenhang mit Ehrverletzungsdelikten vom Bundesgericht eingeführt. Mittlerweile wird er ganz allgemein als ungeschriebener Rechtfertigungsgrund anerkannt.⁵⁹ Bei einer Amtsgeheimnisverletzung darf sich der Täter, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, nur als letztes Mittel („ultima ratio“) zur Erreichung eines berechtigten Ziels auf die Wahrung berechtigter Interessen stützen.⁶⁰ Beim materiellen Geheimnisbegriff wird bereits bei der Beurteilung des Geheimhaltungsinteresses eine Interessenabwägung durchgeführt. Die Wahrung berechtigter Interessen wäre eigentlich innerhalb des objektiven Tatbestandes zu prüfen und nicht als Rechtfertigungsgrund.⁶¹

3. Öffentlichkeitsgesetz

Die Staatsgewalt muss sich in einem demokratischen Staat legitimieren und sich für ihr Tun vor der Öffentlichkeit verantworten. Dieses Verständnis eines demokratischen Staates verlangt von den Regierenden ein transparentes Handeln.⁶² Transparenz schafft nicht nur Vertrauen in den Staat, es ermöglicht auch Kontrolle.⁶³ Der Anspruch einer transparenten Verwaltung wird umgesetzt, indem den Bürgern das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeräumt wird (Öffentlichkeitsprinzip).⁶⁴ Dem Öffentlichkeitsprinzip steht jedoch das Recht auf Schutz der Daten derjenigen Personen entgegen, welche von einer Informationsbekanntgabe betroffen sind. Zwischen diesen beiden Rechten ergibt sich ein nicht unerhebliches Spannungsfeld, welches besonders mit dem Anstieg von automatisierten Informations-

⁵⁹ KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS, N. 730.

⁶⁰ BGE 134 IV 216, E.6.1; BGE 127 IV 122, E.5c; BGE 129 IV 6, E.3.5.

⁶¹ MICHLIG S.219.

⁶² HOFER, S.1.

⁶³ NUSPLIGER, S.5.

⁶⁴ BBl 2003 1964.

verarbeitungen und Entscheidungsabläufen sowie technologischen Übermittlungsmöglichkeiten an Aktualität gewonnen hat.⁶⁵

Zahlreiche Länder kennen inzwischen das Öffentlichkeitsprinzip. Die Pionierrolle übernimmt Schweden, welches das Öffentlichkeitsprinzip bereits vor mehr als zweihundert Jahren einführt hatte.⁶⁶

In der Schweiz war das Handeln der Verwaltung, bis zur Einführung der diversen Öffentlichkeitsgesetze auf Bundes- und Kantonebene, grundsätzlich geheim. Der Bürger hatte kein generelles Recht, Informationen über die Verwaltungstätigkeit zu erhalten.⁶⁷ Das Bundesgericht leitete den Grundsatz der Nicht-Öffentlichkeit der Verwaltung aus der Schweigepflicht der Beamten und aus Art. 320 StGB, welche die Verletzung des Amtsgeheimnisses unter Strafe stellt, ab.⁶⁸

Schon zur Zeit der alten Bundesverfassung wurde die Informationsfreiheit als ungeschriebenes Verfassungsrecht anerkannt, doch hat der Informationszuganganspruch lediglich die allgemein zugänglichen Quellen mit umfasst.⁶⁹ Praxis und Lehre sind davon ausgegangen, dass Verwaltungsinformationen grundsätzlich dem Publikum verschlossen bleiben sollen, ausser wenn ein Rechtssatz oder öffentliche Interessen eine Information der Öffentlichkeit rechtfertigen (Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt). Davon ausgenommen war der Anspruch auf Zugang zu eigenen Personendaten, der sich aus dem verfassungsmässigen Recht auf informationelle Selbstbestimmung ableitet.⁷⁰

3.1. Bundesebene

Bereits in den 1980er-Jahren wurde auf Bundesebene die Implementierung des Öffentlichkeitsprinzips thematisiert, aber erst im Jahr 2006 umgesetzt.⁷¹ Das am 1.7.2006 in Kraft getretene Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17.12.2004 (BGÖ) bietet dem Einzelnen die Möglichkeit, sich über

⁶⁵ WEBER, Vorwort.

⁶⁶ CONRADI, S.11.

⁶⁷ BGE 104 Ia 88, E.8.

⁶⁸ BBI 2003 1965.

⁶⁹ BBI 2003 1965f.; BGE 107 Ia 304.

⁷⁰ WEBER, N. 66; BBI 2003 1967.

⁷¹ BSK BGÖ – BLECHTA, Entstehung und Systematik, N.23.

staatliches Handeln zu informieren. Ohne Nachweis eines besonderen Interesses räumt es jeder Person das Recht ein, Einsicht in amtliche Dokumente der Bundesbehörden zu nehmen.⁷² In diesem Sinne fördert das BGÖ die Transparenz der Verwaltung und legt einen System- bzw. Paradigmenwechsel vom Grundsatz der Geheimhaltung zum Öffentlichkeitsprinzip fest (Art. 6 BGÖ).⁷³ Neben der Förderung der Transparenz leistet der Wechsel zum Öffentlichkeitsprinzip einen wesentlichen Beitrag zur Verwirklichung des Grundrechts auf Informationsfreiheit nach Art. 16 BV. Der Umfang der allgemein zugänglichen Informationen wird um die bisher nicht allgemein zugänglichen Verwaltungsinformationen bzw. amtlichen Dokumente (Art. 5 BGÖ) erweitert.⁷⁴

Das gesetzlich vermutete Zugangsrecht kann von den Behörden nur zum Schutz überwiegender Interessen oder aufgrund von gesetzlichen Spezialbestimmungen, verweigert oder eingeschränkt werden (Art. 4, 7, 8, 9 BGÖ).⁷⁵ Der Entscheid über das Zugangsgesuch erfolgt einzelfallbezogen durch die Behörde und eine Verweigerung muss begründet werden.⁷⁶

In Artikel 4 ist das Verhältnis des Öffentlichkeitsgesetzes zu weiteren Spezialbestimmungen geregelt. Eine spezielle Gesetzesbestimmung kann nach dieser Bestimmung der Bekanntgabe eines amtlichen Dokuments entgegenstehen (Art. 4 lit. a BGÖ) oder abweichen, (erleichternde oder strengere) Regeln über den Zugang aufstellen (Art. 4 lit. b BGÖ). Mit dem Begriff „Bundesgesetz“ ist ein Gesetz im formellen Sinn gemeint (Art. 163 Abs. 1 BV).⁷⁷

Zu beachten ist, dass allgemeine Schweigepflichten (z.B. Art. 22 BPG) nicht als Spezialbestimmungen i.S. des Art. 4 BGÖ gelten. Aus diesen Normen wurde früher das Geheimhaltungsprinzip bzw. das Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB) abgeleitet, welches durch das BGÖ abgelöst wurde.⁷⁸ Somit verlieren diese allgemeinen

⁷² BBI 2003 1976 ff.; BVerfG A-363/2010 E.1.2 vom 21.3.2010.

⁷³ BVerfG A-3631/2009, E.2.1 vom 15.9.2009.

⁷⁴ BSK BGÖ – BLECHTA, Entstehung u. Systematik, N.1.

⁷⁵ BVerfG 1C_129/2016 E.2.6 vom 14.02.2017.

⁷⁶ BSK BGÖ – BLECHTA, Entstehung u. Systematik, N. 38.

⁷⁷ BBI 2003 1989 f.

⁷⁸ BVerfG 1C_129/2016 E.2.3.1 vom 14.02.2017.

Schweigepflichten durch das Öffentlichkeitsprinzip ihre ursprüngliche Gültigkeit.⁷⁹

Das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten kann nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ eingeschränkt, aufgehoben oder verweigert werden, soweit überwiegende oder private Interessen entgegenstehen. Die Behörde verfügt diesbezüglich über einen Ermessensspielraum. Wird aber einer Person der Zugang zu einem amtlichen Dokument erlaubt, so muss jede Person die Erlaubnis erhalten (Grundsatz des kollektiven Zugangs: „access to one – access to all“). Der Zugang darf nicht auf einen bestimmten Adressatenkreis eingeschränkt werden, sondern nur auf Teile des Dokuments.⁸⁰

Der Mechanismus, der dem Öffentlichkeitsgesetz zugrunde liegt, ist dual: ein amtliches Dokument ist entweder geheim (nicht zugänglich) oder öffentlich.⁸¹

Nur Tatsachen bzw. Dokumente, die unter Art. 4 lit. a oder Art. 8 BGÖ fallen, sind grundsätzlich geheim. Dokumente, deren Zugangsregelung aufgrund von Interessenabwägungen verschärft werden können (Art. 7 BGÖ), sind hingegen grundsätzlich öffentlich.⁸² Diese Unterscheidung ist wesentlich für die Sanktionsmöglichkeiten einer widerrechtlichen Bearbeitung.⁸³

Der Fokus der Öffentlichkeitsgesetze des Bundes und der Kantone liegt in der Regelung des Zugangs zu den öffentlichen Dokumenten. Es handelt sich somit um Beschreibungen von Verfahren. Abgesehen von den Verweisen auf spezialgesetzliche Bestimmungen, nimmt das BGÖ keine materielle Beurteilung der Dokumente vor, ob diese geheim oder öffentlich sind. Hält sich ein Behördenmitglied nicht an das vorgeschriebene Verfahren des BGÖ, wird darum die Widerhandlung im Verwaltungsverfahren geahndet.⁸⁴

⁷⁹ BGer 1C_129/2016 E.2.3.2 vom 14.02.1017.

⁸⁰ BBI 2003 2005.

⁸¹ BBI 2003 2006.

⁸² Vgl. Kapitel 5.

⁸³ Vgl. Kapitel 2.2.

⁸⁴ BGer 1C_129/2016 vom 14.02.2017; BGer 1C_74/2015 vom 02.12.2015.

3.2. Kantonale Ebene

Die grosse öffentliche Aufmerksamkeit für das BGÖ lässt gerne vergessen, dass es die Kantone waren, die dem Bund vorausgingen.⁸⁵ Im Gegensatz zum Bund, verankerten viele Kantone das Öffentlichkeitsprinzip auf Verfassungsstufe.⁸⁶

Fast 10 Jahre vor dem Bunde vollführte der Kanton Bern bereits den Wechsel vom Geheimhaltungs- hin zum Öffentlichkeitsprinzip. Mit diesem Paradigmenwechsel hatte Bern eine Pionierrolle übernommen.⁸⁷

Bereits seit 1995 gilt im Kanton Bern das Öffentlichkeitsprinzip. Nach Art. 17 Abs. 3 KV/BE hat jede Person ein „Recht auf Einsicht in amtliche Akten, soweit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen.“ Diese Bestimmung wird durch das Gesetz vom 2. November 1993 über die Information der Bevölkerung (IG) konkretisiert.

Mittlerweile sind diesen Schritt noch weitere 19 Kantone gegangen.⁸⁸ Nur Appenzell Innerrhoden, Glarus, Luzern, Nidwalden, Obwalden und Thurgau halten nach wie vor am Geheimhaltungsprinzip fest. Auf Verfassungsstufe wurde das Grundrecht auf Informationszugang zu amtlichen Dokumenten in weiteren 12 Kantonen verankert. Durch die Anerkennung eines verfassungsmässigen Rechts wurde die Pflicht zur Transparenzschaffung in der Verwaltung erheblich erhöht.⁸⁹

Im Kanton Uri und Graubünden wurde der Spezialfall eingeführt, dass das Öffentlichkeitsprinzip für die kantonale Verwaltung, aber nicht für die Gemeinden, gilt (Art. 2 OeG/UR und Art. 2 KGÖ/GR).

Inhaltlich sind die kantonalen Bestimmungen ähnlich aufgebaut und beruhen auf den drei Elementen:⁹⁰

- Aktive Information (Information von Amtes wegen).

⁸⁵ BBl 2003 1967.

⁸⁶ STEINMANN, S.381.

⁸⁷ NUSPLIGER, S.5.

⁸⁸ Stand November 2018: AG, AR, BL, BS, BE, FR, GE, GR, JU, NE, SH, SZ, SO, SG, TI, UR, VD, VS, ZG, ZH.

⁸⁹ IDG – BAERETSWYL, §1, N.3.

⁹⁰ NUSPLIGER, S. 5.

- Allgemeines Akteneinsichtsrecht (Information auf Anfrage).
- Zugang zu den Verhandlungen und den Verhandlungsunterlagen von (Regierungs-) Behörden.

Die Unterschiede in den kantonalen Bestimmungen betreffen vorwiegend formelle Aspekte, so z.B. die Form und Inhalt der Gesuche oder die Gebührenhöhe.⁹¹ Bei den materiellen Regelungen entsprechen die kantonalen Bestimmungen weitestgehend dem Bundesgesetz (BGÖ). Spezialgesetzliche Bestimmungen gehen vor (Art. 4 BGÖ)⁹², Positionen in einer noch offenen Verhandlung sind nicht öffentlich (Art. 8 BGÖ)⁹³, und der Zugang zu amtlichen Dokumenten kann eingeschränkt oder verweigert werden, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen (Art. 7 BGÖ)⁹⁴.

Bei der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips lag der Fokus des Gesetzgebers auf der Regelung des Zugangs zu den amtlichen Dokumenten: Medienschaffenden und interessierten Privaten sollten rasch die gewünschten amtlichen Informationen zur Verfügung gestellt werden.⁹⁵

Für die vorliegende Arbeit ist die Auswirkung des Öffentlichkeitsprinzips auf den Geheimnisbegriff von zentraler Bedeutung, nicht aber die Zugangsmodalitäten. Deshalb wird hier auf eine detailliertere Darstellung der kantonalen Öffentlichkeitsgesetze und ihrer individuellen Zugangsregelungen verzichtet.

⁹¹ Kanton Zug verlangt ein schriftliches Gesuch und eine hinreichend genaue Formulierung (Art. 13 Abs. 2 Öffentlichkeitsgesetz) hingegen kann im Kanton Genf das Gesuch formlos eingereicht werden (Art. 28 Abs. 1 LIPAD), im Kanton Zürich sind Anfragen per Telefon oder Email möglich (Art. 24 IDG).

⁹² Z.B.: §4 Abs.3 IDAG/AG; Art.26 Abs.4 LIPAD/GE;

⁹³ Z.B.: §7 Abs.2 IDAG/AG; Art. 11 Informationsgesetz /AR; Art. 7 Öffentlichkeitsgesetz/SG.

⁹⁴ Z.B.: §23 InfoDG/SO; §6 Abs.2,3,4 ÖDSG/SZ; §23 IDG/ZH.

⁹⁵ Kapitel 3.2; BBl 2003 1964.

4. Datenschutzgesetz

Durch die rasante technische Entwicklung und der immer grösser werdende Menge an Informationen hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass neben Informationszugangsbestimmungen auch dem Datenschutz eine erhöhte Beachtung geschenkt werden muss.⁹⁶

Der Datenschutz steht, wie auch das Öffentlichkeitsprinzip, in einer engen Verbindung zum Amtsgeheimnis. Das Amtsgeheimnis umfasst einerseits das Verwaltungsgeheimnis, andererseits aber auch das Privatgeheimnis.⁹⁷ Amtliche Dokumente können darum sowohl Angaben zu Verwaltungs- als auch zu Privatgeheimnissen enthalten. Das Öffentlichkeitsgesetz regelt generell den Zugang zu amtlichen Dokumenten. Das Datenschutzgesetz, welches den Zugang (nur) zu Personendaten regelt, kann darum i.S.e. *lex specialis* zum Öffentlichkeitsgesetz betrachtet werden. Dabei ist aber zu beachten, dass das Datenschutzgesetz des Bundes (DSG) noch vor in Kraft treten des BGÖ erlassen wurde. Ausgehend von diesen Überlegungen werden im Folgenden darum nur die Grundzüge des Datenschutzrechts dargestellt. Wesentlich für die vorliegende Arbeit sind mögliche Auswirkungen auf den Geheimnisbegriff. Wie beim BGÖ liegt der Fokus des DSG auf der Regelung des Zugangsverfahrens. Aus diesem Grund wird auf die detaillierte Beschreibung des Zugangsverfahrens in der vorliegenden Arbeit verzichtet.⁹⁸ Ebenfalls relevant ist dabei der Umstand, dass sich das Datenschutzgesetz des Bundes in Revision befindet und die gegenwärtigen Zugangsregelungen nur mehr zeitlich beschränkt Gültigkeit haben.⁹⁹

4.1. Schutzbereich Privatsphäre

Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre findet sich in Art. 13 BV. Dieser Artikel umschreibt ihn wie folgt:

¹ Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

⁹⁶ WEBER, N.64, 65; BBl 1988 II 414.

⁹⁷ Kapitel 3.

⁹⁸ Vgl. Kapitel 1.3.

⁹⁹ BBl 2017 6941.

² *Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.*

Art. 13 Abs. 1 BV knüpft an den inhaltlich weitgehend übereinstimmenden Art. 8 EMRK an.

Der Schutz der Privatsphäre umfasst nach Art. 13 Abs. 2 BV ausdrücklich auch den Anspruch auf Datenschutz. Dieser Anspruch wird als informationelle Selbstbestimmung bezeichnet.¹⁰⁰ Im Hinblick auf die Entwicklung der Informationstechnik, die Zunahme von Zugriffsmöglichkeiten, die Vernetzung von Datenbanken und die Verwendung von Personendaten für polizeiliche und kommerzielle Zwecke, kommt dem Datenschutz steigende Bedeutung zu. (fehlt etwas)¹⁰¹ In den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV fällt insbesondere die Erhebung, Sammlung, Speicherung, Bearbeitung und Weiter- bzw. Bekanntgabe von Personendaten.¹⁰² Die Bestimmung räumt jeder betroffenen Person das Recht ein, von einer datenbearbeitenden Stelle jederzeit Auskunft darüber zu verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden.¹⁰³

Aus Art. 13 BV ergibt sich heute, dass jeder selbst über die Offenlegung seiner persönlichen Lebenssachverhalte entscheiden darf, Einsicht in die ihn betreffenden persönlichen Daten verlangen kann und Anspruch auf Schutz vor Missbrauch seiner persönlichen Daten hat.¹⁰⁴

Materiell wird auf Gesetzesstufe der Schutz der Privatsphäre primär durch Art. 28 ff. ZGB geregelt. Danach kann derjenige, der *in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen*. Dabei muss der Begriff der Persönlichkeit in einem weiten Sinne verstanden werden. Er umfasst die Gesamtheit der individuellen Grundwerte einer Person. Dazu zählen alle physischen, psychischen, moralischen und sozialen Werte die eine Person ausmachen.¹⁰⁵ Diese allgemeine Umschreibung des Persönlichkeitsschutzes lässt aber weitgehend offen, in welchen Situationen tatsächlich

¹⁰⁰ BSK BV – DIGGELMANN, Art. 13, N.32.

¹⁰¹ BLÖCHINGER, S.3.

¹⁰² SGK BV – BREITENMOSER/SCHWEIZER, Art.13, N.74.

¹⁰³ SGK BV – BREITENMOSER/SCHWEIZER, Art.13, N.85f.

¹⁰⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N.389.

¹⁰⁵ CHK ZGB – AEBI-MÜLLER, Art. 28, S.104.

eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegt.¹⁰⁶

Im privatrechtlichen Bereich konnte der Einzelne, gestützt auf Art. 28 ZGB, eine unzulässige Datenbearbeitung verbieten. Es fehlten aber konkrete Kriterien zur Beurteilung der Zulässigkeit der Datenbearbeitung. Eine zusätzliche Schwierigkeit bestand darin, die Kausalität zwischen Datenbearbeitung und Persönlichkeitsverletzung zu beweisen.¹⁰⁷

Der Gesetzgeber erkannte die Lücke und setzte am 1. Juli 1993, nach über zwanzigjähriger Vorbereitung, das eidgenössische Datenschutzgesetz in Kraft.

Er schuf eine gesetzliche Grundlage für die rechtmässige Beschaffung von Daten durch öffentlich-rechtliche Organe und Private.¹⁰⁸ Das DSG regelt die Verfahren, um sich über erhobene Daten zu informieren und gegen unrechtmässige Bearbeitungen zu wehren.¹⁰⁹ Das eidgenössische Datenschutzgesetz versteht sich als Rahmengesetz. Einerseits um den Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB und den grundrechtlichen Datenschutz nach Art. 13 Abs. 2 BV zu konkretisieren, andererseits als den Versuch eines Harmonisierungsinstruments für die zahlreichen verstreuten Datenschutznormen (150 Bundeserlasse und unzählige kantonale Erlasse).¹¹⁰

4.2. Bundesebene

Am 1. Juli 1993 trat das eidgenössische Datenschutzgesetz (DSG) in Kraft. Art. 1 DSG umschreibt den Gesetzeszweck wie folgt: „Dieses Gesetz bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden.“ Neben der Persönlichkeit schützt das DSG aber auch die Grundrechte von Personen, wobei es primär auf den Datenschutz im öffentlichen Bereich abzielt.¹¹¹

Artikel 2 DSG legt den Geltungsbereich des Gesetzes fest. Das DSG erfasst das

¹⁰⁶ BBI 1988 II 418.

¹⁰⁷ BBI 1988 II 420.

¹⁰⁸ Die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf Datenbearbeitung durch öffentlich-rechtliche Organe.

¹⁰⁹ DS – BEHLER/NOUREDDINE, §7, N.19.

¹¹⁰ DS – BEHLER/NOUREDDINE, §7, N.5.

¹¹¹ BLÖCHLINGER, S.6; BSK DSG – MAURER-LAMBROU/KUNZ, Art.1, N.4.

Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen und Bundesorgane.¹¹² Gemäss Art. 3 lit. e DSG ist der Begriff „Bearbeiten“ umfassend.¹¹³ Jeder Umgang mit Personendaten fällt darunter, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten.¹¹⁴

Sodann hält Art. 3 lit. f DSG fest, was unter „Bekanntgeben“ zu verstehen ist. Bearbeiten wird definiert als das Zugänglichmachen von Personendaten, wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen. Die Datenbekanntgabe ist datenschutzrechtlich einer der heikelsten Bearbeitungsschritte.¹¹⁵

Ebenfalls in Art. 3 wird in lit. a. eine Legaldefinition für Personendaten, besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile, gegeben:

- a. *Personendaten (Daten): alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen;*
- c. *Besonders schützenswerte Personendaten, Daten über:*
 - 1 *die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten,*
 - 2 *die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit,*
 - 3 *Massnahmen der sozialen Hilfe,*
 - 4 *Administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen;*
- b. *Persönlichkeitsprofil: eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt;*

Gemäss Art. 17 Abs. 1 DSG dürfen Organe des Bundes Personendaten bearbeiten, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht. Mit dieser Norm hat der Gesetzgeber das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) für den Bereich des Datenschutzes konkretisiert.¹¹⁶

¹¹² BBl 1988 II 440.

¹¹³ BBl 1988 II 447.

¹¹⁴ BSK DSG – BLECHTA, Art. 3, N.72.

¹¹⁵ BSK DSG – BLECHTA, Art. 3, N.76.

¹¹⁶ BSK DSG – BALLENEGGER, Art. 17, N.3.

Obwohl die Bekanntgabe von Personendaten grundsätzlich im umfassenden Begriff der Datenbearbeitung enthalten ist, erhielt die Datenbekanntgabe eine eigenständige Regelung in Art. 19 DSG. Bei Einführung des DSG wurde diesem Artikel grosse Bedeutung als Amts- und Rechts- und Ausführungsbestimmung zum Amtsgeheimnis beigemessen.¹¹⁷ Damals waren die behördlichen Informationspflichten zu rudimentär geregelt. Mittlerweile ist die Amts- und Rechtshilfe aber in zahlreichen bereichsspezifischen Bestimmungen geregelt.¹¹⁸ Eine weitere Abschwächung erhielt der Artikel durch das Öffentlichkeitsprinzip.¹¹⁹

Art. 20 DSG erlaubt die Sperrung der Bekanntgabe von Personendaten, wenn die betroffene Person glaubhaft macht, dass ein schutzwürdiges Interesse besteht.

Der 7. Abschnitt des Gesetzes widmet sich den Strafbestimmungen. Der Gesetzgeber vertrat die Ansicht, dass die Verstösse gegen das Datenschutzgesetz grundsätzlich nicht strafrechtlich, sondern mit zivil- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen geahndet werden.¹²⁰ Von diesem Prinzip gibt es drei Ausnahmen. Eigene Strafbestimmungen enthält das DSG einerseits für die Verletzung der Auskunft-, Melde- und Mitwirkungspflichten durch Private (Art. 34 DSG). Andererseits ist strafbar, wer im Rahmen seiner Berufstätigkeit mit geheimen, besonders schützenswerten Personendaten zu tun hat und diese unbefugter Weise bekanntgibt (Art. 35 DSG). Als weiteren Straftatbestand in Verbindung mit Personendaten wird das unbefugte Beschaffen von Personendaten angesehen (Art. 179novies StGB). Die ersten beiden Tatbestände sind als blosse Übertretungsdelikte im Datenschutzgesetz selbst geregelt. Der dritte Tatbestand wird, weil es sich bei ihm um ein Vergehen handelt, ins StGB eingefügt.¹²¹ Alle drei Tatbestände, im Zusammenhang mit Personendaten, sind Antragsdelikte. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei einer strafrechtlichen Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB um ein Offizialdelikt.

Nach dem Willen des Gesetzgebers handelt es sich bei einer widerrechtlichen Weitergabe von geheimen oder besonders schützenswerten Personendaten (Art. 35 DSG) somit um eine Übertretung (Art. 103 StGB ff.). Eine unbefugte Weitergabe

¹¹⁷ BBI 1988 II 469.

¹¹⁸ BSK DSG – EHRENSPERGER, Art. 19, N.2.

¹¹⁹ BSK DSG – EHRENSPERGER, Art. 19, N.12.

¹²⁰ BBI 1988 II 484.

¹²¹ BBI 1988 II 484.

von besonders schützenswerten Personendaten durch das Bundespersonal oder durch Private, wird nach dem Wunsch des Gesetzgebers nur mit Busse bestraft. Nach Auslegung der Bestimmungen ist eine widerrechtliche Weitergabe von „normalen“ Personendaten sogar straffrei. Bei den Strafbestimmungen des DSG handelt es sich um Nebenstrafrecht. Findet die widerrechtliche Datenbearbeitung durch Mitglieder der Bundesbehörden statt, dann zählt Art. 35 DSG zum Verwaltungsstrafrecht.¹²²

Art. 35 DSG stellt (nur) die widerrechtliche Datenbearbeitung unter Strafe. Eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung wird nicht verlangt. Persönlichkeitsverletzungen müssen auf dem Zivilweg (Art. 15 DSG) oder nach dem Verantwortlichkeitsgesetz (Art. 3 VG) eingeklagt werden.

Warum in der Praxis Art. 35 kaum zu Strafverfahren führt, kann an dieser Stelle unbeantwortet bleiben.¹²³

4.3. Kantonale Ebene

Innerhalb der kantonalen Datenschutzlösungen präsentiert sich kein einheitlicher Standard – so vielfältig die Kantone, so vielfältig die Lösungen.¹²⁴ Die offensichtlichsten Unterschiede betreffen die Funktion des Datenschutzbeauftragten, die praktische Auskunft über die gesammelten Daten, das Recht auf Dateneinsicht und der Aufsichtskompetenzen der Kontrollinstanzen.¹²⁵ Ein weiterer Unterschied besteht in der Wahl einiger Kantone, den Datenschutz und das Öffentlichkeitsprinzip in einem Erlass zu vereinen.¹²⁶ So unterschiedlich die Lösungen im Detail sind, so einheitlich präsentieren sich die Punkte, welche zentral für die vorliegende Arbeit sind. Diese Punkte wurden im Wesentlichen ähnlich wie das eidgenössische Datenschutzgesetz geregelt. Aus diesem Grund wird im Weiteren auf eine detaillierte Darstellung verzichtet.¹²⁷

¹²² BSK DSG – NIGGELI/MAEDER, Vor. Art.34 und 35, N.11.

¹²³ BSK DSG – NIGGELI/MAEDER, Art.35, N.2.

¹²⁴ SHK – NUSPLIGER, N.25.

¹²⁵ HB DS – SCHWEIZER N.1.23.

¹²⁶ AG, BL, BS, GE, JU, NE, SZ, SO, VS, ZH.

¹²⁷ Vgl. Kapitel 5.2.

Ein interessanter Punkt soll hier aber nicht unerwähnt bleiben: Im Kanton Obwalden wird eine widerrechtliche Datenbearbeitung mit Busse oder Freiheitsstrafe von bis zu 3 Jahren bestraft. Es handelt sich hier nicht mehr um eine Übertretung, sondern ein Vergehen (Art. 10 Abs. 3 StGB). Obwohl in den gesetzlichen Bestimmungen nicht explizit erwähnt, kann auch im Kanton eine betroffene Person die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung über die Beamtenhaftung geltend machen (z.B. §11 Haftungsgesetz /ZH).

5. Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip

Im alltäglichen Empfinden, aber auch vereinzelt in der Praxis, herrscht die Meinung, dass gegenüber Personendaten bzw. Bereichen der Privatsphäre prinzipiell ein Geheimhaltungsprinzip besteht.¹²⁸ Dem kann aber aufgrund einer systematischen Auslegung nicht gefolgt werden. Natürlich wird auf Verfassungsstufe der Schutz auf Privatsphäre (Art. 13 BV) garantiert und Eingriffe in diese Privatsphäre dürfen nur nach Art. 36 BV erfolgen. Es wäre aber nicht zutreffend, aufgrund dieser strengen Zugriffsregelungen, automatisch von vornherein von einem Geheimbereich zu sprechen. Bereits die nähere Betrachtung von Art. 28 ZGB sowie den Datenschutzgesetzen führen zu diesem Ergebnis.

Bei Art. 28 ZGB muss für eine Persönlichkeitsverletzung von der betroffenen Person ein konkreter Schaden nachgewiesen werden. Die betroffene Person selbst muss den Schaden beweisen (Art. 28 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 49 OR und Art. 47 OR i.V.m. Art. 8 ZGB).¹²⁹ Hätte der Gesetzgeber die Auffassung vertreten, dass die gesamte Privatsphäre per se geheim ist, dann wäre die logische Folge eine Beweislastumkehr. Der Schädiger müsste beweisen, dass keine Schädigung vorliegt, bzw. sich anderweitig exkulpieren können. Der Gesetzgeber hat sich für die gegenteilige Auffassung entschieden: Erst durch den Beweis der betroffenen Person wird im Nachhinein eine geheime Privatsphäre geschaffen.¹³⁰

Im Sinne dieser Auslegung wurden auch die Datenschutzerlasse bzw. Art. 7 BGÖ

¹²⁸ GG-REICH §8, Rz.17; WEBER, ZSR, S.74f.

¹²⁹ SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N.223.

¹³⁰ Vgl. BGE 129 III 715, E.4. und 4.4.

geregelt. Die Klassifizierung der Personendaten in „schützenswert“ oder „besonders schützenswert“ bedeutet nicht, dass es sich dabei um geheime Daten handelt. Sinn dieser Unterteilung ist einzig eine differenzierte Bearbeitungsregelung, ähnlich wie beim Umgang mit Kunstwerken in Museen: Besonders wertvolle Kunstwerke werden besonders geschützt. Ziel dieser Schutzvorkehrungen ist die Haftungsminderung im Schadensfall für das Museum, nicht aber die Geheimhaltung der Kunstwerke. In dieser Art müssen auch die Datenschutzbestimmungen interpretiert werden. Es handelt sich dabei um die Konkretisierung von Sorgfaltspflichten. Die Beamten bzw. Staatshaftung sind als Verschuldenshaftung konzipiert (z.B. Art. 3 VG und § 11 Haftungsgesetz/ZH). Bei Einhaltung der Sorgfaltspflichten hat die geschädigte Person keinen Anspruch auf Schadenersatz gegenüber der Amtsperson.¹³¹

Aufgrund des bereits gesagten und der Auslegung der Datenschutzbestimmungen muss davon ausgegangen werden, dass Personendaten grundsätzlich öffentlich sind. So wird z.B. bei den Bestimmungen über die Auskunftspflicht geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Auskunft verweigert oder eingeschränkt werden darf (Art. 9 DSG). Bei der Einschränkung wird der Nachweis eines schutzwürdigen Interesses der betroffenen Person verlangt (Art. 9 Abs. 1 lit. b DSG).

Bei einer gegenteiligen Sichtweise müssten konsequenterweise die Bestimmungen die Voraussetzungen für die Veröffentlichung regeln, nicht aber die Fälle der Verweigerung der Daten.

Die grundsätzliche Öffentlichkeit der Personendaten zeigt sich auch darin, dass die betroffene Person das Recht hat, ihre Personendaten nachträglich für „geheim“ zu erklären, indem sie eine Sperrung verlangt (Art. 20 DSG).

Zu guter Letzt geht auch das Bundesgericht nicht von einer generellen Geheimhaltung der Personendaten aus, sondern betrachtet diese aus dem Blickwinkel der Öffentlichkeit.¹³²

¹³¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 2318.

¹³² BGer 1C_74/2015, E. 4.1 ff. vom 02.12.2015, SHK – NUSPLIGER, N.20.

Das Öffentlichkeitsprinzip teilt Daten entweder in geheim oder öffentlich ein. Ein Zwischending existiert nicht.¹³³ Diesem Prinzip folgend gehören Personendaten grundsätzlich zu den öffentlichen Daten – vorbehalten bleiben spezialgesetzliche Regelungen. Die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes haben, wie vorgängig erörtert, auf diese Klassifizierung keine Auswirkung. Personenbezogene Daten unterliegen grundsätzlich auch dem Öffentlichkeitsprinzip.¹³⁴

6. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen

6.1. Allgemein

Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen richtet sich nach Art. 3 BV. Die Kantone üben alle Rechte aus, welche an die Kantone übertragen wurden (Souveränität der Kantone). Die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kanton wird durch Art. 42 und Art. 43 BV geregelt. Der Bund darf nur Aufgaben erfüllen, die ihm von der Bundesverfassung übertragen wurden. Im Übrigen bleiben die Kantone zuständig.¹³⁵ Die Kompetenzen des Bundes werden durch Einzelermächtigungen umschrieben. In einzelnen Artikeln wird ihm eine klar umgrenzte Sach- bzw. Rechtskompetenz erteilt (z.B. Umweltschutz Art. 74 BV, Straf- und Strafprozessrecht Art. 123 BV).¹³⁶ Neu anfallende Staatsaufgaben, welche nicht einer Kompetenz des Bundes zugeordnet werden können, fallen automatisch in den Kompetenzbereich der Kantone (subsidiäre Generalklausel). Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen ist dadurch lückenlos.¹³⁷

Die wichtigsten Rechtsnormen, auf denen die Verwaltungstätigkeit beruht, müssen im Hinblick auf deren rechtsstaatliche Funktion und der demokratischen Legitimation in einem Gesetz enthalten sein.¹³⁸ Ausführungsbestimmungen zum Bundesrecht werden aus Flexibilitätsgründen auf Verordnungsstufe erlassen.¹³⁹

¹³³ BBI 2003 2006.

¹³⁴ SHK – NUSPLIGER, N20; BGer 1C_74/2015, E.4 vom 02.12.2015.

¹³⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N.1049f.

¹³⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N.1053.

¹³⁷ BSK BV – BIAGGINI, Art. 3, N.6; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N.1057.

¹³⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N.394.

¹³⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N.402.

Die Bundeskompetenz für bestimmte Sach- oder Rechtsgebiete kann die Gesetzgebungskompetenz beinhalten. Die Kompetenz ermächtigt den Bund aber nicht, einen bestimmten Bereich in allen Aspekten umfassend zu regeln. Grundsätzlich werden drei Arten unterschieden: umfassende, fragmentarische und Grundsatzgesetzgebungskompetenz.¹⁴⁰

Besitzt der Bund eine Gesetzgebungskompetenz, kann er diese an die Kantone delegieren (Gesetzgebungsdelegation). Durch ein Bundesgesetz oder eine Verordnung werden die Kantone ermächtigt, offene Fragen durch kantonales Recht zu regeln.¹⁴¹

Neben der Delegation an die Kantone gibt es auch die Delegation an die Exekutive. Diese stellt ein Durchbrechen des Grundsatzes der Gewaltenteilung dar, da es zum Ausschluss eines Referendums führt.¹⁴² Eine zulässige Delegation an die Exekutive ist kumulativ an vier Voraussetzungen geknüpft:

1. Die Delegation darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein.
2. Die Delegationsnorm selbst muss in einem Gesetz enthalten sein.
3. Die Delegationsnorm muss sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beziehen.
4. Die Delegationsnorm muss die betreffende Materie in den Grundzügen bereits selbst regeln.¹⁴³

Behörden dürfen nach dem Legalitätsprinzip nur aufgrund von genügend bestimmten, generell-abstrakten Normen handeln. Das Gesetz kann aber nicht alle zukünftigen Fragen der Verwaltung voraussehen und regeln. Darum gibt es sogenannte offene Normen. Diese ermöglichen eine flexible Reaktion auf veränderte Situationen.¹⁴⁴ Offene Normen enthalten entweder unbestimmte Rechtsbegriffe oder einen

¹⁴⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N.1082ff.

¹⁴¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N.1155.

¹⁴² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N.406.

¹⁴³ BGE 134 I 322, E.2.6ff.; BGE 128 I 113, E.3c.

¹⁴⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N.427f.

Ermessensspielraum für die Behörden. Die Unterscheidung zwischen unbestimmten Rechtsbegriff und Ermessen ist entscheidend, da nur ersterer durch das Gericht überprüft werden kann.¹⁴⁵ Die Unterscheidung ist z.T. sehr schwierig. Beim Ermessen wird zusätzlich noch zwischen Rechtsfolge- und Tatbestandsermessen unterschieden. Beim Tatbestandsermessen verfügen die Behörden über einen Entscheidungsspielraum, ob die Voraussetzungen für die Anordnung von Massnahmen erfüllt sind.¹⁴⁶ Die Lehre vertritt die Meinung, dass der unbestimmte Rechtsbegriff den Tatbestand betrifft, während sich das Ermessen auf die Rechtsfolge bezieht.¹⁴⁷

6.2. Strafrecht, Art. 123 BV

Art. 123 Abs. 1 BV verleiht dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz für die Regelung des Straf- und Strafprozessrechts.¹⁴⁸ Bei einer umfassenden Bundeskompetenz ist der Bund befugt, einen bestimmten Sachbereich vollumfänglich und hinsichtlich aller Aspekte bis ins Detail zu regeln.¹⁴⁹

Die dem Bund zugesprochene Kompetenz im Kernbereich des Strafrechts beinhaltet nicht, dass die Aufgabe dieser umfassenden Zuständigkeit vollständig durch den Bund übernommen werden muss. Der Bund überträgt die Rechtsetzungskompetenz für das Übertretungsstrafrecht an den Kanton (Art. 335 Abs. 1 StGB).¹⁵⁰ Ebenfalls in der Kompetenz der Kantone liegt die Regelung des kantonalen Verwaltungsstrafrechts gemäss Art. 335 Abs. 2 StGB.¹⁵¹ Weitere Gesetzesdelegationen, z.B. um tatbestandsmässiges Handeln zu konkretisieren, findet sich im Kernstrafrecht nicht. Der besondere Teil des StGB, in welchem die strafbaren Handlungen geregelt sind, beinhaltet eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen (z.B. Amtsgeheimnis, üble Nachrede, schwere Körperverletzung).¹⁵² Unbestimmte Rechtsbegriffe finden sich auch z.B. bei strafbaren Handlungen gegen die Amts- und Berufspflicht (Art. 312 bis Art. 322 bis StGB). Trotz der engen Verbindung zum Verwaltungsrecht enthält das StGB weder eine Gesetzesdelegation, noch wurde den Behörden der

¹⁴⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N.446a.

¹⁴⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N.436.

¹⁴⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N.451.

¹⁴⁸ BSK BV – GÖKSU, Art. 123, N.3 und N.9.

¹⁴⁹ GRIFFEL, S.10.

¹⁵⁰ BSK StGB – HILF, Art. 335 N.9.

¹⁵¹ BSK StGB – HILF, Art.335, N.24.

¹⁵² BGE 108 IV 41, E.2e; BGE 109 IV 113, E.1c; BGE 123 IV 193, E2.

öffentlichen Verwaltung ein Ermessenspielraum eingeräumt.¹⁵³

6.3. Öffentlichkeitsgesetz und Datenschutz

6.3.1. Öffentlichkeitsgesetz

In verfassungsrechtlicher Hinsicht wird die Bundeskompetenz zur Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes auf Art. 173 Abs. 2 BV gestützt. Nach dieser Bestimmung ergibt sich die subsidiäre Zuständigkeit der Bundesversammlung für Geschäfte, „die in die Zuständigkeit des Bundes fallen und keiner anderen Behörde zugewiesen sind“. In der Sache selbst kann die Geltung des Öffentlichkeitsprinzips auf Verfassungsstufe weder aus der Garantie der Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV) noch aus der Informationspflicht des Bundesrates i.S. v. Art. 180 Abs. 2 BV abgeleitet werden. Der Gesetzgeber hat indessen bewusst darauf verzichtet, das Öffentlichkeitsprinzip auf Verfassungsstufe zu regeln, da er davon ausging, dass keine verfassungsrechtliche Regelung des Öffentlichkeitsprinzips erforderlich ist.¹⁵⁴ Dabei ist aber zu beachten, dass obwohl dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz in Bezug auf das Öffentlichkeitsprinzip fehlt, er aufgrund seiner Organisationsautonomie dazu ermächtigt ist, für die Bundesbehörden Transparenzvorschriften zu erlassen.¹⁵⁵ Das Informationszugangrecht wurde auf Bundesebene durch das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ) verankert.

Eine zulässige Gesetzesdelegation findet sich im BGÖ nicht. Ob mit Art. 7 BGÖ (Ausnahmen) den Behörden ein Ermessenspielraum eingeräumt wird, oder es sich bei der Regelung um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, kann an dieser Stelle unbeantwortet bleiben. Das Bundesgericht hat sich in seiner Rechtsprechung bereits zu Art. 7 Abs. 2 BGÖ geäußert. Dieser Umstand würde eher für einen unbestimmten Rechtsbegriff sprechen.¹⁵⁶

Aufgrund der fehlenden umfassenden Kompetenz des Bundes und der kantonalen Organisationsautonomie (Art. 47 Abs. 2 BV) sind die Kantone befugt, unabhängig vom Bund darüber zu entscheiden, ob das Öffentlichkeitsprinzip eingeführt wird

¹⁵³ Kapitel 2.2; vgl. anders, SAXER, N.88ff.

¹⁵⁴ BSK BGÖ – BLECHTA, Entstehung u. Systematik, N.46; BBI 2003 2039.

¹⁵⁵ Vgl. DS – BEHLER, §5, N.6.

¹⁵⁶ BGer 1C_74/2015 vom 02.12.2015.

oder nicht.¹⁵⁷

In vielen Kantonen wurde das Öffentlichkeitsprinzip auf Verfassungsstufe festgehalten und in die kantonale Gesetzgebung überführt.¹⁵⁸

Im Folgenden wird stellvertretend das formelle Öffentlichkeitsprinzip im Kanton Zürich dargestellt.

Im Kanton Zürich wurde das Öffentlichkeitsprinzip in der Verfassung verankert (Art. 17 und Art. 49 KV/ZH) und auf Gesetzesstufe im Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG) konkretisiert. Auch im IDG gibt es keine weitere Gesetzesdelegation. In § 23 wird den Behörden ein Tatbestandsersuchen eingeräumt, ob die Voraussetzungen für die Veröffentlichung von amtlichen Dokumenten erfüllt sind oder nicht.¹⁵⁹

Um einen einheitlichen Vollzug des Gesetzes sicherzustellen, wurde eine Verwaltungsverordnung „Verordnung über die Information und den Datenschutz (IDV)“ erlassen.

6.3.2. Datenschutzgesetz

Auch für den Datenschutz besitzt der Bund keine umfassende Gesetzeskompetenz.¹⁶⁰ Dabei ist aber zu beachten, dass obwohl dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Datenschutzes fehlt, er aufgrund seiner Organisationsautonomie und verschiedener ausdrücklicher Sachkompetenzen dazu ermächtigt ist, datenschutzrechtliche Bestimmungen zu erlassen.¹⁶¹

Aufgrund der umfassenden Kompetenz im Bereich des Strafrechts und des Strafprozessrechts in Art. 123 Abs. 1 BV ist der Bund befugt, den Missbrauch von Daten strafrechtlich zu ahnden. Er kann insbesondere den zivilrechtlichen Datenschutz

¹⁵⁷ Vgl. BSK BV – BELSER/MASSÜGER, Art. 47, N.15.

¹⁵⁸ SKH – NUSPLIGER, N.4.

¹⁵⁹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N.436.

¹⁶⁰ DS – BEHLER, §5, N.4.

¹⁶¹ BBI 1988 II 424; DS – BEHLER, §5, N.6.

mit strafrechtlichen Mitteln verstärken oder die Amts- und Berufsgeheimnisse konkretisieren.¹⁶² Strafrechtliche Normen finden sich im DSG, welches die Verletzung der Auskunfts-, Melde und Mitwirkungsrechte (Art. 34 DSG) und der beruflichen Schweigepflicht (Art. 35 DSG) mit Busse bedroht. Auch eine beträchtliche Zahl an Normen des StGB zielt auf die Ahndung des Datenmissbrauchs.¹⁶³

Das eidgenössische Datenschutzgesetz (DSG) versteht sich als Rahmengesetz, als den Versuch eines Harmonisierungsinstruments für die zahlreichen verstreuten Datenschutznormen (150 Bundeserlasse und unzählige kantonale Erlasse).¹⁶⁴

Identisch wie das BGÖ enthält auch das DSG keine weitere Gesetzesdelegation. Hingegen wird in Art. 9 bzw. Art. 18b DSG der Behörde bzw. den Privaten ein Tatbestandsermessen eingeräumt, das Auskunftsrecht einzuschränken.

Die Strafbestimmungen (Art. 34 und Art. 35 DSG) werden zum Nebenstrafrecht, bzw. Verwaltungsstrafrecht gezählt.

Da ein Grossteil der Kantone das Öffentlichkeits- und Datenschutzgesetz in einem Erlass vereint haben, wird auf die Ausführung des Öffentlichkeitsgesetzes des Kantons Zürich verwiesen.¹⁶⁵

Die Kantone dürfen datenschutzrechtliche Normen mit strafrechtlichen Sanktionen erlassen, soweit es sich um Übertretungsstrafrecht handelt und auf Bundesebene keine Regelung vorgesehen ist (Art. 335 Abs. 1 StGB). Sie sind insbesondere befugt, Widerhandlungen gegen das kantonale Verwaltungsrecht mit Sanktionen zu bedrohen (Art. 335 Abs. 2 StGB). Die zahlreichen Strafbestimmungen der kantonalen Datenschutzgesetzgebung gehören zum kantonalen Verwaltungsstrafrecht nach Art. 335 Abs. 2 StGB.

¹⁶² BSK DSG – RUDIN, Art. 37 N.1.

¹⁶³ DS – BEHLSER, §5, N.27.

¹⁶⁴ DS – BEHLSER/NOUREDDINE, §7, N.5.

¹⁶⁵ Kapitel 6.3.1; Die Vereinigung von Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip haben folgende Kantone gewählt: AG, BL, BS, GE, JU, NE, SZ, SO, VS, ZH.

7. Legalitätsprinzip im Strafrecht

Die Anfänge des strafrechtlichen Legalitätsprinzips liegen in der Zeit der französischen Revolution. Die Macht der Justiz musste zum Schutz der Bürger beschränkt werden.¹⁶⁶ Im deutschsprachigen Raum wurde der Grundsatz von Feuerbach aufgenommen und in der berühmten Formel: „*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta praevia certa stricta*“ ausgedrückt.¹⁶⁷

Im materiellen Strafrecht wird das Legalitätsprinzip in Art. 1 StGB zum Ausdruck gebracht: „*Strafbar ist nur, wer eine Tat begeht, die das Gesetz mit Strafe bedroht.*“

Dieser Grundsatz, der sich aus Art. 7 Ziff. 1 EMRK, Art. 31 und Art. 5 Abs. 1 BV ergibt, gilt für das gesamte materielle Strafrecht des Bundes und der Kantone.¹⁶⁸

Das Legalitätsprinzip soll durch genügend bestimmte Gesetze dem Bürger ermöglichen, die Grenze zwischen Strafflosigkeit und Strafbarkeit zu erkennen. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber genügend bestimmt Straftatbestände formuliert und der Rechtsanwender alle Aspekte des Legalitätsprinzips berücksichtigt.¹⁶⁹

Das Legalitätsprinzip lässt sich in vier Richtungen präzisieren

- *Nulla poena sine lege scripta*: Indem das Prinzip ein geschriebenes Gesetz voraussetzt, kann Strafrecht nicht auf Gewohnheitsrecht gründen.¹⁷⁰
- *Nulla poena sine lege praevia*: Das verlangte Rückwirkungsverbot ist in Art. 2 Abs. 1 StGB verwirklicht.¹⁷¹
- *Nulla poena sine lege certa*: Das Bestimmtheitsgebot fordert eine präzise Umschreibung der Tatbestände.¹⁷²
- *Nulla poena sine lege stricta*: Bei der Auslegung des Strafgesetzes darf der Rechtsanwender keine neuen Tatbestände kreieren, Analogieschlüsse sind absolut verpönt.¹⁷³

¹⁶⁶ BSK – StGB, POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N.1.

¹⁶⁷ KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS, N.803.

¹⁶⁸ DONATSCH/Tag, S.29.

¹⁶⁹ COHEN, S.23.

¹⁷⁰ BSK StGB – POPP/BERKEMEIER, Art. 1, N.24.

¹⁷¹ PK StGB – TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art.1, N.21.

¹⁷² PK StGB – TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art.1, N.20.

¹⁷³ BSK StGB – POPP/BERKEMEIER, Art. 1, N.31.

Im Folgenden wird noch detaillierter auf „*nulla poena sine lege scripta*“ und „*nulla poena sine lege certa*“ eingegangen.

7.1. Nulla poena sine lege scripta

Ein Verhalten darf nur bestraft werden, wenn es vom Gesetzgeber ausdrücklich unter Strafe gestellt wurde. Es benötigt eine schriftliche Fixierung der Straftatbestände, eine Bestrafung aufgrund von Gewohnheitsrecht ist verboten.¹⁷⁴

Auf welcher Stufe die Strafnorm geregelt werden muss, sagt Art. 1 StGB nicht. Der älteren Rechtsprechung genügte auch eine Verordnung, es musste nicht nur ein formelles Gesetz sein.¹⁷⁵ In der Lehre wurde eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinne für Vergehen und Verbrechen verlangt.¹⁷⁶ Nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung benötigt jeder Freiheitsentzug als Strafe, wegen des schweren Eingriffs in die persönliche Freiheit, eine klare Grundlage in einem *formellen Gesetz* (Art. 31 Abs. 1 BV). Zur Konkretisierung genügt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Verordnung, die sich im Rahmen von Verfassung und Gesetz hält. Mindestens der Umfang der Strafbarkeit muss aber auch dann in einem formellen Gesetz umschrieben sein.¹⁷⁷

Der Gesetzesvorbehalt bedeutet, dass das strafbare Verhalten zumindest in den Umrissen als gesetzliches Verbot definiert wird. Indessen finden sich aber sehr häufig sog. Blankettstraftatbestände. In diesen wird nur der Strafraum bestimmt. Die Konkretisierung des strafbaren Verhaltens bzw. des Tatbestands findet in den ausfüllenden Normen, meistens auf Verordnungsstufe, statt. Aus der Perspektive des Bestimmtheitsgebots sind Blankettstrafnormen z.T. sehr heikel.¹⁷⁸ Aus dem Blickwinkel des Gesetzesvorbehalts werden sie aber von der Rechtsprechung anerkannt.¹⁷⁹

¹⁷⁴ KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS, N.805.

¹⁷⁵ BGE 96 I 29, E.4a.

¹⁷⁶ PK StGB – TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 1, N.13.

¹⁷⁷ BGE 112 Ia 107 E.3b; BGE 96 I 29 E 4a; EICKER, S.182f.

¹⁷⁸ Vgl. Kapitel 7.2.

¹⁷⁹ BSK StGB – POPP/BERKEMEIER, Art.1 N.29.

7.2. Nulla poena sine lege certa

Nach dem Bestimmtheitsgrundsatz gilt, dass eine Strafe oder Massnahme nur wegen einer Tat verhängt werden darf, die das Gesetz ausdrücklich so unter Strafe stellt, dass der Normadressat sowohl die Strafbarkeitsvoraussetzungen als auch die rechtlichen Folgen eines bestimmten Verhaltens vorhersehen kann.¹⁸⁰ Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab.¹⁸¹

Je nach Strafandrohung verschärft oder reduziert sich die Anforderung an das Bestimmtheitsgebot.¹⁸² Eine systematische Kontrolle der Bundesgesetze auf das Bestimmtheitsgebot verhindert Art. 191 BV.¹⁸³

Sehr verbreitet sind Blankettstrafnormen im Nebenstrafrecht, sie sind aber auch im StGB zu finden. Bei den Blankettstraftatbeständen ist zwischen echten und unechten zu unterscheiden. Bei dem unechten Blankett befindet sich die ausfüllende Norm in demselben Gesetz wie der verweisende Straftatbestand. Beim echten Blankett gibt es eine eigenständige Ausfüllungsnorm ausserhalb des verweisenden Gesetzes.¹⁸⁴

Für die Beurteilung des Bestimmtheitsgebots bei Blankettstrafnormen ist jedoch nicht nur ausschlaggebend, ob die Tatbestandselemente bestimmt genug sind, sondern auch, ob die Verknüpfung von Strafnorm und Bezugsnorm ausreichend bestimmt ist. Die Verbindung von Blankett- und Ausfüllungsnorm muss nachvollziehbar bzw. hinreichend deutlich sein. Der Normadressat muss erkennen können

¹⁸⁰ EICKER, S.169.

¹⁸¹ BGE 139 I 72, E.8.2.1.

¹⁸² BGer 6B_193/2011, E.1 vom 30.08.2011.

¹⁸³ PK StGB – TRECHSLER/JEAN-RICHARD, Art.1, N.20.

¹⁸⁴ EICKER, S.177.

was zusammen gehört, um den vollständigen Straftatbestand zu erfassen. Die Blankett- und die ausfüllende Norm müssen als Einheit den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes genügen.¹⁸⁵

Für die Beurteilung der Frage, ob die Verknüpfung der Strafnorm und Bezugsnorm ausreichend bestimmt ist, wurden in der Lehre vier Typen von Verweisen entwickelt.

- Expliziter Verweis: Die ausfüllende Norm ist klar erkennbar. Es wird die Norm, auf die Bezug genommen wird, konkret benannt. Dies entspricht der Vorstellung vom Bestimmtheitsgebots des Bundesgerichts: „Es ist Aufgabe des Gesetzgebers klarzustellen, welche Vorschriften in Bezug genommen werden, deren Missachtung die Strafbarkeit auslösen. Dies kann durch entsprechende Hinweise in der Sanktionsnorm auf die massgebenden Gesetzesartikel geschehen.“¹⁸⁶

- Impliziter Verweis: Die Normabhängigkeit wird konkludent zum Ausdruck gebracht. Es handelt sich um eine verborgene Bezugnahme. Für den Normadressaten geben solche Tatbestände keinen irgendwie angedeuteten Anlass, nach einem Bezugsobjekt zu suchen, die Kenntnis der Akzessorietät zu anderen Normen wird stillschweigend vorausgesetzt. Da solche impliziten Verweisungen in einem relativen Normendickicht die Verknüpfung mit anderen Vorschriften dem Normadressaten nicht deutlich vor Augen führen, darf ihre ausreichende Bestimmtheit bezweifelt werden. Anders ist hingegen zu entscheiden, wenn die nicht offengelegte Bezugnahme von Sanktionsnorm und Bezugsnorm als bekannt vorausgesetzt werden darf.¹⁸⁷

- Kettenverweise: An der Nachvollziehbarkeit und mithin an ausreichender Gesetzesbestimmtheit fehlt es in solchen Fällen dann, wenn nicht eine Verweisungsnorm erkennbar auf die nächste verweist. Anders gewendet sind sie bestimmt genug, wenn alle Bezugnahmen lückenlos offengelegt werden, insbesondere wenn

¹⁸⁵ EICKER, S.183.

¹⁸⁶ BGE 139 IV 62 E. 2.4.

¹⁸⁷ EICKER, S.186.

dies unter genauer Angabe des Paragraphen oder Artikels geschieht, auf den verwiesen wird.¹⁸⁸

- Expertenstrafrecht: Der EGMR zieht teilweise die Fachkompetenz des Adressatenkreises bei der Beurteilung des Bestimmtheitsgebotes mit ein.¹⁸⁹ Bei sog. Expertenstrafrecht kann nur aufgrund einer besonderen Fachkompetenz festgestellt werden, dass noch Ausfüllungsnormen zu beachten sind. Das Bundesgericht folgt dieser Auffassung des EGMR aber nicht: „Es ist nicht Sache des Bürgers“, durch ein „Studium des Gesetzes“ herauszufinden, was strafbar ist.¹⁹⁰ Reines Expertenstrafrecht, welches sich nur mit besonderer Fachkompetenz erschliesst, erfüllt, gemäss Bundesgericht, die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot nicht.

8. Folgen des Öffentlichkeitsprinzips für das Amtsgeheimnis

Die im Kapitel 3 dargestellte Entwicklung zeigt, dass der Bund und die meisten Kantone vom Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt zum Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt gewechselt haben.¹⁹¹ Diese Entwicklung ist für den Tatbestand der Amtsgeheimnisverletzung von elementarer Bedeutung, als das Öffentlichkeitsprinzip den Geheimnisbegriff stark einschränkt und neu definiert.¹⁹² Unterliegt die behördliche Tätigkeit dem Öffentlichkeitsprinzip, so besteht grundsätzlich kein Geheimnis nach Art. 320 StGB mehr, da der freie Zugang zu amtlichen Dokumenten vermutet wird.¹⁹³ Durch die wachsende Bedeutung des öffentlichen Informationsinteresses wird der Geheimhaltungsgrundsatz immer mehr zurückgedrängt. Diese Veränderung spiegelt sich auch darin wieder, dass vor ca. 70 Jahren in der Lehre für gewisse Fälle noch die Bestrafung der fahrlässigen Amtsgeheimnisverletzung gefordert wurde.¹⁹⁴ Heutzutage, nach der Einführung

¹⁸⁸ EICKER, S.187.

¹⁸⁹ BSK StGB – POPP/BERKEMEIER, Art. 1, N.50.

¹⁹⁰ BGE 139 IV 62 E. 2.4.

¹⁹¹ EHRENZELLER, S.15.

¹⁹² BJ-FAQ, Frage 1.1.2.

¹⁹³ BGer 1C_129/2016, E.2.6 vom 14.02.2017.

¹⁹⁴ GROSSMANN, S.40; ISSLER S.38.

des Öffentlichkeitsprinzips, ist die Geheimhaltung nicht mehr der Grundsatz, sondern die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.¹⁹⁵ Sie hat nur noch dort ihre Berechtigung, wo sie zum Schutz von öffentlichen oder privaten Interessen gesetzlich verankert ist.¹⁹⁶ Schliesslich ist das Amtsgeheimnis nicht um seiner selbst willen zu schützen, sondern wegen des Schadens, der durch die Verletzung dem Staate oder dem Privaten entstehen könnte.¹⁹⁷

Durch das Öffentlichkeitsprinzip stellt sich nun für die Beurteilung einer Amtsgeheimnisverletzung eine ganz andere Ausgangslage, als noch zu Zeiten der Geheimhaltung. Neu müssen nicht mehr die Voraussetzungen für den materiellen Geheimnisbegriff erfüllt sein (beschränkter Personenkreis, Geheimhaltungswille und Geheimhaltungsinteresse), sondern die Tatsache muss gesetzlich als geheim klassifiziert werden.¹⁹⁸ Die weit verbreiteten allgemeinen behördlichen Schweigepflichten erfüllen diese Anforderungen nicht mehr.¹⁹⁹ Dieser Paradigmenwechsel wurde auch vom Bundesgericht bereits übernommen. Dort heisst es: „So erfasst namentlich das Amtsgeheimnis nur noch Informationen, die eines besonderen Schutzes bedürfen bzw. gerade nach dem Öffentlichkeitsgesetz in der Regel nicht zugänglich sind, denn sonst würde dieses jüngere Gesetz (BGÖ: Anm. d. Verf.) seines Gehalts beraubt und weitgehend obsolet.“²⁰⁰ Bei einer Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB liegt daher zukünftig nicht mehr „ein Rechtfertigungsgrund für den Geheimnisbruch“²⁰¹ im Fokus der richterlichen Beurteilung, sondern die Frage, ob die Voraussetzungen für ein taugliches Tatobjekt erfüllt sind.²⁰²

Die Abkehr vom Geheimhaltungsprinzip hin zum Öffentlichkeitsprinzip hat daher fundamentale Auswirkungen auf das Amtsgeheimnis. Bis zum Paradigmenwechsel durfte ein Beamter keine Auskunft geben. Falls er²⁰³ es trotzdem tat, nahm er es in Kauf, eventuell eine Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB zu begehen.

¹⁹⁵ STREBEL, S.48f.

¹⁹⁶ MICHLIG, S.188.

¹⁹⁷ ZÜRCHER, S.413.

¹⁹⁸ Vgl. BJ – FAQ, Frage 1.1.2.

¹⁹⁹ BGer, 1C_129/2016, E.2.3.1 vom 14.02.2017.

²⁰⁰ BGer 1C_50/2015, E.2.4 vom 02.12.2015.

²⁰¹ Vgl. STREBEL, S.48.

²⁰² Vgl. BGer 1C_129/2016, E.2.3.1 vom 14.02.2017.

²⁰³ Neutrale Formulierung steht für BeamtIn oder Beamter.

Seit Einführung des Öffentlichkeitsprinzips hat nun jede Person das Recht, Auskunft von der Verwaltung zu erhalten, d.h. der Beamte ist zur Auskunft verpflichtet. Erfüllt ein Beamter somit seine Pflicht, begeht er u.U. bei jeder Auskunft eine Amtsgeheimnisverletzung.

Aus diesem Grund erwähnt der Gesetzgeber in der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz des Bundes nun folgendes: „Die Tragweite des Amtsgeheimnisses wird durch die Einführung des Öffentlichkeitsgrundsatzes aber neu definiert: Seine Geltung ist künftig auf Informationen beschränkt, die in den Schutzbereich einer von diesem Gesetz vorgesehenen Ausnahmebestimmung fallen oder die laut einer spezialgesetzlichen Vorschrift geheim zu halten sind.“²⁰⁴

Es stellt sich nun die Frage, wie diese Aussage des Gesetzgebers und im Weiteren das Öffentlichkeitsprinzip (BGÖ) rechtlich einzuordnen ist.

8.1. Legalitätsprinzip

Art. 1 StGB statuiert das Legalitätsprinzip nicht nur für das StGB, sondern auch für das Nebenstrafrecht. Für das kantonale Strafrecht leitet die Praxis das Legalitätsprinzip ebenfalls aus Art. 5 Abs. 1, Art. 9 und Art. 164 Abs. 1 lit. c BV, sowie Art. 7 EMRK ab.²⁰⁵

Das Legalitätsprinzip verlangt im Strafrecht ein Gesetz als Voraussetzung für Sanktionen (Art. 1 StGB). Diese Voraussetzung ist durch Art. 320 StGB erfüllt. Unter dem alten Geheimhaltungsprinzip waren alle amtlichen Dokumente grundsätzlich geheim. Ob es sich dabei um ein materielles Geheimnis handelte und eventuell ein Rechtfertigungsgrund vorlag, musste im Einzelfall vom Gericht beurteilt werden. Unter dem Geheimnisprinzip handelte es sich beim „Amtsgeheimnis“ nach Art. 320 StGB um einen unbestimmten Rechtsbegriff.²⁰⁶

Unbestimmte oder stark normativ geprägte Rechtsbegriffe sind mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB) problematisch. Derartige Defizite können nach

²⁰⁴ BBI 2003 1978.

²⁰⁵ BGE 138 IV 13; E.4.1.

²⁰⁶ HAFTER, 143 f.

Auffassung des Bundesgerichts zumindest teilweise durch eine ständige und publizierte Gerichtspraxis zum Bedeutungsgehalt der erwähnten Begriffe kompensiert werden.²⁰⁷ Diese Linie verfolgte das Bundesgericht unter dem Geheimhaltungsprinzip beim Begriff „Amtsgeheimnis“. Im Laufe der Rechtsprechung entwickelte das Bundesgericht für das Amtsgeheimnis den materiellen Geheimnisbegriff.²⁰⁸

Durch die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips kann aber beim „Amtsgeheimnis“ nicht mehr von einem unbestimmten Rechtsbegriff, der einer Auslegung durch das Gericht bedarf, ausgegangen werden. Gemäss dem Willen des Gesetzgebers können unter dem neuen Amtsgeheimnis nur noch Informationen subsumiert werden, welche aufgrund von Spezialgesetzen als geheim gelten oder unter die Ausnahmebestimmung von Art. 7 und 8 BGÖ fallen.²⁰⁹

Dieser Anspruch des Gesetzgebers vollzog für Art. 320 StGB den Wandel von einem unbestimmten Rechtsbegriff hin zu einer Blankettstrafnorm.

Blankettähnliche Bestimmungen verweisen auf die Umschreibung eines inhaltlich kaum näher definierten Verhaltens i.d.R. in das Verordnungsrecht. In ihnen selbst wird nur der Strafraum bestimmt, deren Tatbestand muss den ausfüllenden Normen entnommen werden (z.B. Art. 2 BetmG i.V.m. Art. 2a BetmG).²¹⁰

Art. 320 Abs.1 StGB lautet wie folgt: *„Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.“* Der Straftatbestand wird nicht weiter konkretisiert. Für die widerrechtliche Handlung wird nur der Strafraum bestimmt. Es handelt sich darum um eine Blankettstrafnorm. Da innerhalb des StGB keine ausfüllende Norm dazu existiert, handelt es sich bei Art. 320 StGB um ein echtes Blankett.²¹¹

Ohne expliziten Verweis auf weitere Normen muss entweder von einem impliziten

²⁰⁷ BGE 125 I 379f.

²⁰⁸ Kapitel 2.1.

²⁰⁹ BBI 2003 1978.

²¹⁰ BSK StGB – POPP/BERKEMEIER, Art. 1 StGB, N.29.

²¹¹ EICKER, S.177.

Verweis oder gar von einem Expertenstrafrecht ausgegangen werden.²¹²

Handelt es sich um einen impliziten Verweis, wird die Kenntnis der Akzessorietät zu anderen Normen stillschweigend vorausgesetzt (z.B. Art. 61a USG in Bezug auf die Täterfrage).²¹³

Das Amtsgeheimnis beinhaltet sowohl das Verwaltungsgeheimnis als auch das Privatgeheimnis.²¹⁴ Spezialgesetze, welche Tatsachen als geheim regeln, können sich somit sowohl im öffentlichen Recht als auch im Privatrecht finden. Aufgrund des Umfangs der infrage kommenden ausfüllenden Normen kann nicht von einem impliziten Verweis gesprochen werden. Vom Normadressaten, dem Beamten, kann diese umfassende Kenntnis nicht stillschweigend vorausgesetzt werden. Es handelt sich beim Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB darum um ein Expertenstrafrecht.²¹⁵

Das Expertenstrafrecht erschliesst sich nur mit besonderer Fachkompetenz. Nur durch ein Studium der Gesetze ist die Strafbarkeit, welche Information geheim ist, erkennbar.²¹⁶ Bei einer widerrechtlichen Amtsgeheimnisverletzung handelt es sich um ein Vergehen nach Art. 10 Abs. 3 StGB. Die Strafandrohung einer Freiheitsstrafe von bis zu 3 Jahren (Art. 320 Abs.1 StGB) stellt einen erheblichen Eingriff in die verfassungsmässigen Rechte des Einzelnen dar. Aus diesem Grund muss von einer erhöhten Anforderung an das Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB) ausgegangen werden. Ein reines Expertenstrafrecht erfüllt die Anforderung nicht.²¹⁷

Grenzen- und konturlose Blankettnormen, welche in Grundrechte eingreifen, sind verboten.²¹⁸ Dieser Mangel kann nicht durch eine bundegerichtliche Auslegung behoben werden.²¹⁹

²¹² Vgl. Kapitel 7.2.

²¹³ EICKER, S.187.

²¹⁴ GROSSMANN, S.13.

²¹⁵ Vgl. Kapitel 7.2.

²¹⁶ EICKER, S. 188; BGE 139 IV 62 E.2.4.

²¹⁷ EICKER, S.172.

²¹⁸ BGE 136 I 87, E.8.3.

²¹⁹ BSK DSG – NIGGLI/MAEDER, Vor Art. 34 und 35, N.12.

8.2. Zwischenfazit

Durch den Paradigmenwechsel vom Geheimhaltungsprinzip zum Öffentlichkeitsprinzip vollzog sich auch ein Wandel bei der Auslegung des Amtsgeheimnisses nach Art. 320 StGB. Früher ging die Lehre und Praxis von einem unbestimmten Rechtsbegriff aus, der einzelfallbezogen beurteilt werden musste.²²⁰ Schliesslich wurde der Sachverhalt aus der Perspektive „geheim ausser ...“ untersucht. Mit Einführung des Öffentlichkeitsprinzips wechselte die Perspektive zu „öffentlich ausser ...“. Aus Gründen der Rechtssicherheit und des Gesetzesvorbehalts muss dieses „ausser“ gesetzlich geregelt werden.²²¹ Diese veränderten Anforderungen wandelten den Straftatbestand der Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB) zu einer Blankettstrafnorm. Aufgrund des Umfangs der in Frage kommenden spezialgesetzlichen Bestimmungen kann von einem Expertenstrafrecht ausgegangen werden.²²² Ohne explizite Verweise bzw. einer speziellen Ausfüllungsnorm erfüllt die aktuelle Norm nicht die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB). Grenzen- und konturlose Blankettnormen, welche in Grundrechte eingreifen, wie aktuell Art. 320 StGB, sind verboten.²²³

8.3. Kompetenzverteilung

Wie in Kapitel 8.1 erläutert, handelt es sich bei Art. 320 StGB um eine Blankettstrafnorm, welche das Bestimmtheitsgebot nach Art. 1 StGB nicht erfüllt. Trotzdem wird im Folgenden untersucht, inwieweit aktuell die Regelungen der Öffentlichkeits- und Datenschutzgesetzgebung als Ausfüllungsnormen herangezogen werden können.

Der Bund besitzt eine umfassende und abschliessende Kompetenz für die Regelung des (Kern-) Strafrechts (Art. 123 BV). Die Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB ist Teil des Kernstrafrechts. Aufgrund der Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist mit Erlass des StGB die Zuständigkeit der Kantone zur materiellen Strafgesetzgebung grundsätzlich erloschen.²²⁴

Aufgrund der umfassenden und abschliessenden Bundeskompetenz müssen die

²²⁰ HÄFER, S.143.

²²¹ Vgl. BJ – FAQ, Frage 1.1.2.

²²² Kapitel 7.2.

²²³ BGE 136 I 87, E.8.3.

²²⁴ BSK BV – GÖKSU, Art. 123 N3.

Äusserungen beim Öffentlichkeitsgesetz des Bundes zum Amtsgeheimnis beachtet werden. Das BGÖ ist nicht nur die gesetzliche Regelung der informellen Selbstbestimmung, sondern die konkretisierende Regelung des Amtsgeheimnisses nach Art. 320 StGB.²²⁵ Das Amtsgeheimnis wird anhand der Regelungen des BGÖ neu definiert. Der Geheimhaltungsgrundsatz bezieht sich nur noch auf Tatsachen, die nicht vom Geltungsbereich des BGÖ erfasst werden, d.h. unter eine der Ausnahmebestimmungen des BGÖ (Art. 7 BGÖ, Art. 8 und Art. 4 BGÖ) fallen.²²⁶ Diese Anforderung legt einen (erneuten) Wechsel bei der Auslegung des Tatobjekts nahe, von einem materiellen Geheimnisbegriff hin zu einem formellen (spezialgesetzlich geregelten) materiellen Geheimnisbegriff.²²⁷

Gültige Tatobjekte einer Amtsgeheimnisverletzung sind nach dem Willen des Gesetzgebers neu nur mehr Tatsachen, die spezialgesetzlich als geheim gelten (Art. 4 und Art. 8 BGÖ) oder von der Behörde nachträglich als geheim erklärt wurden (Art. 7 BGÖ).²²⁸ Nach dem Wunsch des Gesetzgebers handelt es sich bei Art. 4, Art. 7 und Art. 8 BGÖ somit um Ausfüllungsnormen zu Art. 320 StGB. Da es sich bei den Ausfüllungsvorschriften um Rechtsetzungsnormen handelt, muss eine gültige Gesetzesdelegation bzw. Kompetenz vorliegen.²²⁹

In Art. 4 lit. a BGÖ wird auf „spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze“ verwiesen. Der Bund besitzt die Kompetenz, das Strafrecht umfassend zu regeln und die Kompetenz, „andere Bundesgesetze“ (Art. 54 ff. BV) zu erlassen. Somit können Spezialgesetze des Bundes als Ausfüllungsnormen zu Art. 320 StGB angewendet werden. Ob kantonale Gesetze unter die Bestimmung von Art. 4 lit. a BGÖ fallen können, muss an dieser Stelle unbeantwortet bleiben. Aus Gründen der beschränkten Sachkompetenz der Kantone ist diese Auffassung aber eher zu verneinen.

In Art. 7 Abs. 1 BGÖ wird der Behörde ein Ermessensspielraum eingeräumt, den Zugang einzuschränken oder zu verweigern.²³⁰ Im Sinne der dualen Betrachtung

²²⁵ BBI 2003 1978; BJ-FAQ, Frage 1.1.2.

²²⁶ BSK BGÖ – STAMM-PFISTER, Art.4, N.8.

²²⁷ Vgl. Kapitel 2.1.

²²⁸ BJ – FAQ, Frage 1.1.2.

²²⁹ Vgl. Kapitel 6.1.

²³⁰ BBI 2003 2005.

von entweder „geheim“ oder „öffentlich“ bedeutet das, dass die Behörde Tatsachen als „geheim“ klassifizieren kann.

Ob es sich bei Art. 7 Abs. 1 BGÖ um einen Ermessensspielraum der Behörde oder um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, ist nicht eindeutig.²³¹ Ähnliche Bestimmungen finden sich auch auf kantonaler Ebene.²³² Das BGÖ als Teil des Verwaltungsrechts regelt den Informationszugang von Privaten. Innerhalb der Öffentlichkeitsgesetzgebung ist das eine zulässige Delegation. Es erlaubt den Behörden, die Anfragen von Privaten einzelfallbezogen zu beurteilen.

Das Amtsgeheimnis als Teil des Strafrechts gehört aber nicht zum Verwaltungsrecht. Wird der Behörde ein, in diesem Fall, Tatbestandsermessen für eine Amtsgeheimnisverletzung eingeräumt, muss gemäss Art. 1 StGB diese Regelung in Art. 320 StGB selbst zu finden sein. Erst recht, da durch die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen von der Legislative an die Exekutive der Grundsatz der Gewaltenteilung durchbrochen wird (Art. 164 Abs.2 BV) und die Bestrafung einer Amtsgeheimnisverletzung ein erheblicher Eingriff in die Grundrechte bedeutet.²³³ Somit hat Art. 7 BGÖ in der vorliegenden Form keine Wirkung auf Art. 320 StGB.

Es könnte die Meinung vertreten werden, dass die Bestimmungen des BGÖ in Bezug auf Art. 320 StGB nicht für die kantonale Verwaltung gilt. Das hätte aber zur Folge, dass sich ein Mitglied einer Bundesbehörde nur ausnahmsweise einer Verletzung von Art. 320 StGB strafbar macht, ein Mitglied einer kantonalen Behörde demgegenüber wegen jeder materiellen Geheimnisverletzung strafbar nach Art. 320 StGB wäre. Der Gesetzgeber hat in der Botschaft zum BGÖ nicht erwähnt, dass kantonale Öffentlichkeitsgesetze Anwendung auf Art. 320 StGB finden.²³⁴ Der Unterschied zwischen kantonalen Beamten und Bundesbeamten würde jedoch zur Verletzung des Gleichheitsgebots führen (Art. 8 Abs. 1 BV) und ist klar verfassungswidrig.

Die Datenschutzbestimmungen regeln die Bearbeitungsmodalitäten verschieden klassifizierter Personendaten (besonders schützenswert, Persönlichkeitsprofil) durch die Behörde. Verstösst der Beamte gegen die Bearbeitungsvorschriften, wird

²³¹ Kapitel 6.3.1.

²³² Kapitel 3.2.

²³³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N.406; EICKER, S.171.

²³⁴ Vgl BJ – FAQ, Frage 1.1.2; BBl 2003 1974.

er mit Busse bestraft.²³⁵ Es finden sich keine Bestimmungen, welche bestimmte Informationen tatsächlich als geheim vorgeben. Für die Auslegung einer Amtsgeheimnisverletzung sind daher die Datenschutzbestimmungen nicht relevant.²³⁶ Abgesehen davon gehören die Datenschutzbestimmungen ebenfalls zum Verwaltungsrecht und unterliegen den gleichen Anforderungen wie das Öffentlichkeitsgesetz.

8.4. Zwischenfazit

Aufgrund der umfassenden und abschliessenden Kompetenz des Bundes, das Strafrecht zu regeln (Art. 123 BV), müssen die Anforderungen des Gesetzgebers im BGÖ zur Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB) berücksichtigt werden. Nach dem Willen des Gesetzgebers wird das Amtsgeheimnis durch das BGÖ konkretisiert.²³⁷ Gültige Tatobjekte einer Amtsgeheimnisverletzung sind nach dem Willen des Gesetzgebers neu nur mehr Tatsachen, die spezialgesetzlich als geheim gelten (Art. 4 und Art. 8 BGÖ) oder von der Behörde nachträglich als geheim erklärt wurden (Art. 7 BGÖ).²³⁸ Somit können Spezialgesetze des Bundes als Ausfüllungsnormen zu Art. 320 StGB herangezogen werden. Art. 4 lit. a BGÖ stellt eine Konkretisierung des Amtsgeheimnisses nach Art. 320 StGB dar. Ob kantonale Spezialgesetze zulässige Ausfüllungsnormen darstellen kann an dieser Stelle unbeantwortet bleiben.

Bei den Ausnahmeregelungen des BGÖ (Art. 7 BGÖ) wird den Behörden ein Tatbestandsermessen eingeräumt. Da es sich beim BGÖ um eine Norm des Verwaltungsrechts handelt, hat das eingeräumte Ermessen keine Gültigkeit für die strafrechtliche Norm von Art. 320 StGB. Aufgrund der erhöhten Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot bei strafrechtlichen Normen und der Rechtsicherheit, muss dieser Ermessensspielraum direkt in der Norm zu finden sein.

Durch Einführung des Öffentlichkeitsprinzips werden Tatsachen dem dualen Mechanismus von „geheim“ oder „öffentlich“ unterworfen.²³⁹ Die Datenschutzbestimmungen des DSG enthalten keine Regelungen, welche bestimmte Tatsachen als geheim bezeichnen. Das DSG spielt für die Konkretisierung des Amtsgeheimnisses darum keine Rolle. Somit kommt nur Art. 4 BGÖ für die KoOÖnkretisierung des

²³⁵ Vgl. Kapitel 4.2.

²³⁶ Vgl. Kapitel 5.

²³⁷ BBl 2003 1978.

²³⁸ BJ – FAQ, Frage 1.1.2.

²³⁹ BBl 2003 2006.

Amtsgeheimnisses nach Art. 320 StGB zur Anwendung.

Das BGÖ gilt grundsätzlich nur für Bundesbeamte bzw. für die Bundesbehörde. Der Unterschied zwischen kantonalen Beamten und Bundesbeamten würde jedoch, wie oben dargelegt, zur Verletzung des Gleichheitsgebots führen (Art. 8 Abs. 1 BV) und ist klar verfassungswidrig.

8.5. Tatobjekt

Als Geheimnis gilt jede Tatsache, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt ist und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat. Es handelt sich dabei um einen materiellen Geheimnisbegriff. Unerheblich ist dabei, ob die betreffende Tatsache von der zuständigen Behörde als geheim erklärt worden ist oder nicht. Entscheidend ist allein, dass es sich um eine Tatsache handelt, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist und bezüglich derer der Geheimnisherr nicht nur ein berechtigtes Interesse, sondern auch den ausdrücklich oder stillschweigend bekundeten Willen zur Geheimhaltung hat.²⁴⁰

Bis zur Einführung des Öffentlichkeitsprinzips war das die allgemein anerkannte Formel für das Tatobjekt einer Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB.

Daraus folgte, dass der strafrechtliche Schutz des Amtsgeheimnisses weniger weit ging als die öffentlich-rechtlichen Schweigeverpflichtungen. Diese beinhalteten häufig eine generelle Verpflichtung zur Geheimniswahrung unabhängig davon, ob materiell ein Geheimnis vorlag. Art. 320 StGB schützt daher nur einen Kernbestand konkreter, tatsächlicher Geheimnisse.²⁴¹

Durch die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips erfuhr das strafrechtlich geschützte Amtsgeheimnis eine weitere Einschränkung.²⁴² Nicht mehr alle Geheimnisse, welche die Voraussetzungen des materiellen Geheimnisbegriffes erfüllen, sind geschützt. Strafrechtlich geschützt sind einzig Tatsachen, die spezialgesetzlich

²⁴⁰ BSK StGB – OBERHOLZER, Art.320 N.8.

²⁴¹ SAXER, N.100.

²⁴² BGer 1C_129/2016, E.2.3.1 vom 14.02.2017.

(Art. 4 BGÖ) als geheim erklärt werden. Ein zulässiges Tatobjekt unter dem Öffentlichkeitsprinzip ist somit nur noch ein formell geschützter (materieller) Geheimnisbegriff.²⁴³

Beim Schutzobjekt des Amtsgeheimnisses kann zwischen dem Verwaltungs- und dem Privatgeheimnis unterschieden werden. Art. 320 StGB schützt daher nicht nur die staatliche Geheimsphäre (Verwaltungsgeheimnis), sondern auch die private Geheimsphäre (Privatgeheimnis).²⁴⁴

Das Verwaltungsgeheimnis beinhaltet Informationen, die dem reibungslosen Funktionieren der Verwaltung und der Rechtspflege dienen. „Die staatlichen Organe sollen ihre Geschäfte seriös vorbereiten, beraten und abwickeln können, ohne dass sie unzulässigen Einmischungsversuchen ausgesetzt sind oder Aussenstehende von Insiderwissen profitieren können.“²⁴⁵

Primäres Ziel des Öffentlichkeitsprinzips ist, dem Verwaltungsgeheimnis enge Grenzen zu setzen.²⁴⁶ Die Grenze wird durch spezialgesetzliche Bestimmungen (Art. 4 lit. a und 8 BGÖ) und durch das Ermessen der Behörde (Art. 7 BGÖ) gezogen.²⁴⁷ Aufgrund des Fokus der vorliegenden Arbeit auf Personendaten, wird an dieser Stelle nicht weiter auf die Problematik rund um das Verwaltungsgeheimnis eingegangen. Obwohl das Öffentlichkeitsgesetz die Einschränkung des Verwaltungsgeheimnisses zum Ziel hatte, ist die Wirkung auf das Privatgeheimnis nicht zu unterschätzen.

Für die Konkretisierung des Personengeheimnisses sieht das BGÖ folgende Regelungen vor:

- Art. 4 lit.a: Vorbehalten [fallen nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz: Anm. Verfasserin] bleiben spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen.
- Ausnahmen: Art. 7 Abs. 1 lit.g: Der Zugang zu amtlichen Dokumenten wird

²⁴³ Kapitel 8.3.

²⁴⁴ GROSSMANN, S. 13.

²⁴⁵ BSK StGB – OBERHOLZER, Art. 320, N.4.

²⁴⁶ BSK StGB – OBERHOLZER, Art. 320, N.4.

²⁴⁷ BJ – FAQ, Frage 1.1.2.

eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können;

- Ausnahmen: Art. 7 Abs. 2: Der Zugang zu amtlichen Dokumenten wird eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann; ausnahmsweise kann jedoch das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen.

Wie in Kapiteln 8.3 erörtert, ist Art. 7 BGÖ keine gültige Ausfüllungsnorm um Art. 320 StGB zu konkretisieren. Eine widerrechtliche Verwendung von Daten nach Art. 7 BGÖ bzw. den kantonrechtlichen Bestimmungen (z.B. Art. 23 IDG/ZH) kann für den Beamten nur verwaltungsrechtliche Konsequenzen i.S.v. Art. 335 Abs. 2 StGB haben. Die betroffene Privatperson hat zudem die Möglichkeit, eine Persönlichkeitsverletzung geltend zu machen (z.B. Art. 3 VR).

Somit bleibt für die zulässige Konkretisierung des Tatobjekts *de lege lata* nur die Überprüfung von spezialgesetzlichen Bestimmungen (Art. 4 BGÖ), wobei auch hier die Vorbehalte bezüglich Art. 1 StGB zu beachten sind.²⁴⁸

Art. 4 lit. a BGÖ verlangt als Voraussetzung für ein gültiges Tatobjekt nach Art. 320 StGB eine gesetzliche Grundlage, die eine Information als geheim bezeichnet. Es wird ein formelles Gesetz (Art. 163 Abs. 1 BV) verlangt und es muss eine klar bestimmbare Information als geheim definiert sein.²⁴⁹ Allgemeine Schweigepflichten wie z.B. Art. 22 BPG, Art. 38 Abs. 3 EMKG oder Art. 14 Abs.1 FINMAG gelten nicht als spezialgesetzliche Bestimmungen nach Art. 4 BGÖ, da diese Ausfluss des vor Inkrafttreten des BGÖ geltenden Geheimhaltungsgrundsatzes waren.²⁵⁰

Bei Art. 4 BGÖ ist zu beachten, dass auch bei den spezialgesetzlichen Bestimmungen ein materieller Geheimnisbegriff zugrunde liegt.²⁵¹ Die Rechtsprechung ver-

²⁴⁸ Kapitel 8.1.

²⁴⁹ BBI 2003 1989.

²⁵⁰ BGer 1C_129/2016, E.2.3.1 vom 14.02.2017.

²⁵¹ Vgl. BSK BGÖ – STAMM-PFISTER, Art. 4, N.6.

schärft das Geheimhaltungsinteresse dahingehend, dass mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eine ernsthafte Schädigung drohen muss, „...sie muss zwar nicht mit Sicherheit eintreten, jedoch darf eine Beeinträchtigung oder Gefährdung auch nicht lediglich denkbar oder (entfernt) möglich erscheinen, ansonsten der mit dem BGÖ vollzogene Paradigmenwechsel ausgehöhlt würde.“²⁵² Das Öffentlichkeitsprinzip bewirkt beim Amtsgeheimnis den Wandel von einem abstrakten zu einem konkreten Gefährdungsdelikt.

Eine weitere Anforderung an das Spezialgesetz betrifft den Konkretisierungsgrad der geheim zu haltenden Information. Die geheime Information muss klar bestimmbar sein. Zu allgemein gehaltene Bestimmungen gelten nicht als *lex specialis* i.S.v. Art. 4 lit. a BGÖ (z.B. Art. 62 HMG).²⁵³

Somit ergeben sich die folgenden Voraussetzungen für ein zulässiges Tatobjekt einer strafrechtlichen Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB) unter dem Öffentlichkeitsprinzip:

- Die geheime Information muss in einem Spezialgesetz geregelt sein.
- Die geheim zu haltende Information muss ausreichend konkret sein.
- Die geheime Information muss dem materiellen Geheimnisbegriff entsprechen bzw. eine konkrete Gefährdung nachgewiesen werden.

Diese Anforderungen definieren das Amtsgeheimnis neu. Unter dem Geheimhaltungsprinzip galt jedes materielle Geheimnis als Amtsgeheimnis.²⁵⁴ Unter dem Öffentlichkeitsprinzip ist somit nicht mehr jedes materielle Geheimnis ein Amtsgeheimnis. Das materielle Geheimnis benötigt zusätzlich eine spezialgesetzliche Regelung und die Geheimnisverletzung muss zu einer konkreten Gefährdung führen.

In der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz des Bundes wurden u.a. das Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis, Berufsgeheimnis, Steuergeheimnis und Bankengeheimnis als Spezialgesetze i.S.v. Art. 4 lit. a BGÖ erwähnt.²⁵⁵ In den mehr als 10

²⁵² BGer 1C_129/2016, E.2.6 vom 14.02.2017; BGE 142 II 324, E.3.4.

²⁵³ BVGer A-4307/2010, E.9.8 vom 28.02.2013.

²⁵⁴ Kapitel 2.2.

²⁵⁵ BBl 2003 1990.

Jahren, seit Inkrafttreten des BGÖ, hat sich mittlerweile die Rechtsprechung wiederholt zu Art. 4 lit. a BGÖ geäußert und dabei die Anforderungen an die Spezialgesetzgebung im obigen Sinne konkretisiert.²⁵⁶ Ob die in Frage kommende eidgenössische oder kantonale Spezialgesetzgebung den durch die Rechtsprechung entwickelten Anforderungen noch genügt, muss an dieser Stelle unbeantwortet bleiben.

An einem Fall von zwei Mitarbeiterinnen des Sozialdepartements der Stadt Zürich, die einem Journalisten Informationen übergaben, möchte ich aufzeigen, wie Art. 320 StGB unter Berücksichtigung des Öffentlichkeitsprinzips und all seiner Konsequenzen zu lösen wäre: Um auf Missstände aufmerksam zu machen, übergaben die zwei Mitarbeiterinnen u.a. Gesprächsnotizen und Kontoauszüge von Sozialhilfeempfängern. Die zwei Frauen wurden vom Bundesgericht der Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB) schuldig gesprochen. Der materielle Geheimnisbegriff wurde von der Verteidigung nicht bestritten und ein Rechtfertigungsgrund (Wahrung berechtigter Interessen) wurde verneint.²⁵⁷

Ohne Kenntnis der näheren Umstände wird im Weiteren untersucht, ob Gesprächsnotizen und Kontoauszüge ein gültiges Tatobjekt einer Amtsgeheimnisverletzung unter dem Öffentlichkeitsprinzip darstellen.

1. Voraussetzung: die geheime Information muss in einem Spezialgesetz geregelt sein (Art. 4 Abs. 1 lit. a BGÖ). Im vorliegenden Fall geht es um Informationen über Sozialhilfebezüger. Die Sozialhilfe ist Teil des Sozialversicherungsrechts und darum ist das ATSG anzuwenden.

Art. 33 ATSG: *„Personen, die an der Durchführung sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung der Sozialversicherungsgesetze beteiligt sind, haben gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu bewahren.“*

²⁵⁶ BVGer A-4307/2010 E.9.8 vom 28.02.2013.

²⁵⁷ BGer 6B_305/2011 vom 12.12.2011.

2. Voraussetzung: Die geheime Information muss ausreichend konkret sein.²⁵⁸

Art. 33 ATSG verlangt einzig eine allgemeine Verschwiegenheit. Es ist nicht ersichtlich, welche konkrete Information geheim sein muss. Die Voraussetzung ist nicht erfüllt.

Art. 33 ATSG erfüllt die Voraussetzung für ein Spezialgesetz nach Art. 4 Abs.1 lit. a BGÖ somit nicht.

Die Regelung der Sozialhilfe selbst fällt in den Aufgabenbereich der Gemeinden.

Der zugehörige Erlass in der Stadt Zürich ist das Sozialhilfegesetz (SHG). Unter § 47 findet sich folgendes: *„Die Fürsorgebehörde und die mit der Durchführung der öffentlichen Sozialhilfe betrauten Organe und Personen (Sozialhilfeorgane) sind unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen zur Verschwiegenheit über ihre Wahrnehmungen verpflichtet.“*

Wiederum kann der Norm keine konkrete, geheim zu haltende Information entnommen werden. Auch § 47 SHG erfüllt die Anforderungen an ein Spezialgesetz i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. a BGÖ nicht. Vorbehalten bleibt zudem die Frage, wie weit bei der aktuellen Rechtslage kantonale und kommunale Gesetze unter Art. 4 BGÖ relevant sind.²⁵⁹

Sowohl beim ATSG als auch beim SHG handelt es sich um Gesetze, die vor dem BGÖ in Kraft traten. Aus diesen allgemeinen Schweigepflichten wurde das allgemeine Geheimhaltungsprinzip abgeleitet, welches durch das BGÖ abgelöst wurde. Es handelt sich darum um keine Spezialgesetze.²⁶⁰

Für die im vorliegenden Fall weitergegebenen Gesprächsnotizen gibt es, ohne vertiefte, umfassende Kenntnisse der Gesetzgebung, kein Spezialgesetz, welches diese konkrete Information als geheim erklärt. Somit handelt es sich bei den Gesprächsnotizen um kein gültiges Tatobjekt nach Art. 320 StGB.

²⁵⁸ BVGer A-4307/2010, E.9.8 vom 28.02.2013.

²⁵⁹ Kapitel 8.3, S.44.

²⁶⁰ Vgl. BBl 2003 1990; BGer 1C_129/2016, E.2.3.2 vom 14.02.2016.

Von den beiden Mitarbeiterinnen des Sozialdepartements wurden ebenfalls Kontoauszüge der Sozialhilfeempfänger an den Journalisten überreicht.

Bei den Kontoauszügen handelt es sich um Bankdaten, die zur Kenntnis der beiden Mitarbeiterinnen während ihrer amtlichen Tätigkeit gelangten.

1. Voraussetzung verlangt ein Spezialgesetz. Art. 47 Abs. 1 lit.a BankG: *Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer vorsätzlich ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Bank oder einer Person nach Artikel 1b oder als Organ oder Angestellter einer Prüfgesellschaft anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat.*“

Die zwei Mitarbeiterinnen des Sozialdepartements fallen nach Art. 47 Abs. 1 lit. a BankG nicht unter den persönlichen Geltungsbericht des Gesetzes. Somit handelt es sich auch beim BankG um keine gültige Norm i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. a BGÖ.

Aufgrund der kurzen Überprüfung kann weder bei der Bekanntgabe der Gesprächsnotizen noch bei der Weitergabe der Kontoauszüge durch die Mitarbeiterinnen des Sozialdepartements von einem gültigen Tatobjekt für eine Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB) ausgegangen werden. Seit dem Öffentlichkeitsprinzip reicht die Voraussetzung des früheren materiellen Geheimnisbegriffes nicht mehr. Neben dem Spezialgesetz muss zusätzlich auch eine konkrete Gefährdung bestehen. Eine abstrakte Gefährdung, wie zu Zeiten des Geheimnisprinzips, genügt der Anforderung nicht mehr.²⁶¹

Wie diese erste, oberflächliche Untersuchung des Sachverhalts zeigt, benötigt es eine umfassende und vertiefte Kenntnis der Gesetzeslage. Um die geheime Information konkret bestimmen zu können, muss zudem auch noch die Rechtsprechung zu den in Frage kommenden Normen beachtet werden.

Von einem Beamten bzw. Behördenmitglied als potentiellen Täter einer Amtsgeheimnisverletzung wird eine bei weitem umfassendere und vertiefere juristische

²⁶¹ BGer 1C_129/2016, E.2.6 vom 14.02.2017.

Kenntnisse vorausgesetzt als von jedem Anwalt. Nicht nur der Umfang der in Frage kommenden Gesetze, sondern auch die notwendige Kenntnistiefe verletzen das Bestimmtheitsgebot von Art. 1 StGB.²⁶²

Nicht zuletzt deshalb hat Schweden mit in Kraftsetzen des Öffentlichkeitsprinzips jedes einzelne Dokument, dessen unbefugte Bekanntgabe eine Geheimnisverletzung darstellt, explizit erwähnt.²⁶³ Ein aufwendiges Unterfangen, aber nur so kann das Öffentlichkeitsprinzip konsequent umgesetzt werden ohne Gefahr für die Rechtssicherheit.

8.6. Zwischenfazit

Durch das Öffentlichkeitsprinzip wird das Tatobjekt einer Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB) durch Art. 4 lit. a BGÖ neu definiert. Folgende Voraussetzungen müssen für ein strafrechtlich geschütztes Amtsgeheimnis erfüllt sein:

- Die geheime Information muss in einem Spezialgesetz geregelt sein.²⁶⁴
- Die geheim zu haltende Information muss ausreichend konkret definiert sein.²⁶⁵
- Die geheime Information muss dem materiellen Geheimnisbegriff entsprechen bzw. eine konkrete Gefährdung nachgewiesen werden.²⁶⁶

Unter dem Geheimhaltungsprinzip galt jedes materielle Geheimnis als Amtsgeheimnis.²⁶⁷ Neu ist nicht mehr jedes materielle Geheimnis ein Amtsgeheimnis. Das materielle Geheimnis benötigt zusätzlich eine spezialgesetzliche Regelung (Art. 4 lit. a BGÖ) und die Geheimnisverletzung muss zu einer konkreten Gefährdung führen.²⁶⁸ Somit kann der Meinung der Lehre: „Art. 320 StGB wird durch das Öffentlichkeitsgesetz nicht tangiert“²⁶⁹, nicht beigepflichtet werden. Im Gegenteil, die Geltung des Amtsgeheimnisses wurde durch das Öffentlichkeitsprinzip stark eingeschränkt.²⁷⁰ Der Paradigmenwechsel wandelte das Amtsgeheimnis von einem

²⁶² Kapitel 8.2.

²⁶³ CONRADI, S. 12

²⁶⁴ BBl 2003 1978.

²⁶⁵ BVGer A-4307/2010, E.9.8 vom 28.02.2013.

²⁶⁶ BGer 1C_129/2016, E.2.6 vom 14.02.2017.

²⁶⁷ Kapitel 2.2.

²⁶⁸ BGer 1C_129/2016, E.2.6 vom 14.02.2017.

²⁶⁹ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S.575.

²⁷⁰ BBl 2003 1978.

materiellen zu einem formell-materiellen Geheimnis.

Eine kurze Überprüfung von ausgewählten Spezialgesetzen hat ergeben, dass keine der enthaltenden Geheimhaltungsnormen die notwendigen Voraussetzungen erfüllt. Viele Geheimhaltungsvorschriften sind zu allgemein gehalten. der Spezialgesetze und der Rechtsprechung ist es unmöglich, die geheime Tatsache zu konkretisieren. Es benötigt ein Expertenwissen, Für einen Beamten ist es unter der aktuellen Rechtslage unmöglich zu wissen, welche Informationen geheim sind und welche veröffentlicht werden dürfen.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung haben allgemeine Geheimhaltungsvorschriften mit Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes ihre Gültigkeit in der öffentlichen Verwaltung verloren.²⁷¹

8.7. Rechtfertigungsgründe

Unter dem Geheimhaltungsprinzip war die Veröffentlichung der Information die Ausnahme. Die Beweislast für eine Rechtfertigung lag beim Täter, dem Beamten. Die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips hat auch bei den Rechtfertigungsgründen zu einem Paradigmenwechsel geführt. Das BGÖ stellt eine Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten auf. Die Beweislast zur Widerlegung dieser Vermutung obliegt der Behörde.²⁷² Diese Anforderung bedeutet einen radikalen Wandel: Nicht nur muss die Behörde beweisen, dass die Voraussetzungen eines zulässigen Tatobjekts erfüllt sind, sondern auch allfällige Rechtfertigungsgründe für eine Geheimhaltung müssen von der Behörde bewiesen werden. Zu denken ist z.B. der Beweis, dass die Person eine Veröffentlichung nicht möchte (Beweis der Sperrung Art. 20 DSG) oder dass die privaten bzw. öffentlichen Interessen einer Geheimhaltung überwiegen. Die Geheimhaltung ist nicht mehr der Grundsatz, sondern die [von der Behörde: Anm. d. Verf.] rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.²⁷³

²⁷¹ BGer 1C_129/2016, E.2.3.1 vom 14.02.2017.

²⁷² BGer 1C_129/2016, E.2.6 vom 14.02.2017.

²⁷³ STREBEL, S. 48f.

Art. 14 StGB

Im Hinblick auf die allgemeinen gesetzlichen oder aussergesetzlichen Rechtfertigungsgründen ist insbesondere auf Art. 14 StGB hinzuweisen, wonach die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet, oder die das Gesetz für erlaubt oder straflos erklärt, kein Verbrechen oder Vergehen darstellt.²⁷⁴ Aufgrund des Geheimhaltungsgrundsatzes in früheren Zeiten benötigte es zahlreiche Erlasse rund um die Amts- und Rechtshilfe und für die diversen Meldepflichten gegenüber Straf-, Administrativ- oder anderen Behörden. Bei Einführung des Amtsgeheimnisses war zudem die Amts- und Rechtshilfe nur rudimentär geregelt.²⁷⁵ Wie oben ausgeführt, wurde durch das Öffentlichkeitsgesetz der Umfang des strafrechtlichen Amtsgeheimnisses stark eingeschränkt. Wie weit die relevanten Erlasse in Zukunft noch ihre Berechtigung haben, wird sich zeigen.

Wahrung berechtigter Interessen

Als Rechtfertigung für die Veröffentlichung von Informationen gab es unter dem Geheimhaltungsprinzip noch als Besonderheit „die Wahrung von berechtigten Interessen“. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung durfte sich der Täter nur als letztes Mittel („ultima ratio“) zur Erreichung eines berechtigten Ziels auf die Wahrung berechtigter Interessen stützen. Die Tat muss den einzigen möglichen Weg darstellen, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen und offenkundig weniger schwer wiegen als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht.²⁷⁶

Bei konsequenter Anwendung der Rechtsprechung ist die „Wahrung von berechtigten Interessen“ unter dem Öffentlichkeitsprinzip nicht mehr ein Rechtfertigungsgrund des Täters. Die Behörde hat nun die Möglichkeit als „ultima ratio“ die Geheimhaltung von Daten unter Wahrung von berechtigten Interessen zu rechtfertigen.²⁷⁷

²⁷⁴ BSK StGB – OBERHOLZER, Art. 320 N.11.

²⁷⁵ Vgl. BSK DSG – EHRENSPERGER, Art. 19, N.2.

²⁷⁶ BGE 134 IV 216, E.6.1; BGE 127 IV 122, E.5c; BGE 129 IV 6, E.3.5.

²⁷⁷ Vgl. BGE 134 IV 216, E.6.5; BGer 6B_305/2011, E.3.1 vom 12.12.2011.

Einwilligung

Wie in Kapitel 5 dargelegt, müssen Personendaten in Bezug auf das Amtsgeheimnis generell als öffentlich betrachtet werden. Falls zu einem späteren Zeitpunkt zulässige Ausfüllungsnormen zu Art. 320 StGB erlassen werden, können bestimmte Personendaten natürlich als geheim klassifiziert werden. In der gegenwärtigen Rechtslage gelten Personendaten jedoch als öffentlich, soweit keine spezialgesetzlichen Regelungen nach Art. 4 BGÖ entgegenstehen.

Durch die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips benötigt es keine Einwilligung der betroffenen Person zur Veröffentlichung. Die Privatperson besitzt aber die Möglichkeit, die Weitergabe ihrer Daten zu sperren (z.B. Art. 20 DSGVO).

Als Rechtfertigung für eine Geheimhaltung von Personendaten muss darum die Behörde nicht die Einwilligung der betroffenen Person beweisen, sondern die Sperrung (Art. 20 DSGVO) der Daten.

Neben den allgemeinen Rechtfertigungsgründen sieht Art. 320 Abs. 2 StGB ausdrücklich vor, dass der Täter nicht strafbar ist, wenn das Geheimnis mit schriftlicher Einwilligung seiner vorgesetzten Behörde offenbart hat. In Lehre und Rechtsprechung besteht jedoch Einigkeit darüber, dass keine Einwilligung durch die vorgesetzte Behörde erforderlich ist und somit keine Amtsgeheimnisverletzung vorliegt, sofern gesetzliche Offenbarungs-, Anzeige- oder Meldepflichten bestehen.²⁷⁸

Das Amtsgeheimnis besteht aus dem Verwaltungsgeheimnis und dem Privatgeheimnis.²⁷⁹ Seit Einführung des Öffentlichkeitsprinzips existiert grundsätzlich kein Verwaltungsgeheimnis mehr. Dadurch bildet das Privatgeheimnis den Schwerpunkt des strafrechtlichen Amtsgeheimnisses und der Geheimnisherr ist die Privatperson, nicht die Verwaltung. Nach der hier vertretenen Auffassung fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, welche die Behörde dazu befähigt, stellvertretend für die Privatperson die Einwilligung für die Veröffentlichung zu erteilen.

Auch aufgrund der vorherigen Ausführungen kann dieser Rechtfertigungsgrund nur

²⁷⁸ OFK StGB/jStG – ISENRING, Art. 320, N.22; BGE 140 IV 180, E.3.3.

²⁷⁹ GROSSMANN, S. 13.

eine sehr beschränkte Wirkung erzielen. Nämlich nur dann, wenn ein Verwaltungsgeheimnis betroffen ist. In der Lehre und Rechtsprechung wird Art. 320 Abs. 2 StGB darum auch, soweit ersichtlich, primär im Zusammenhang mit einer Aussage über amtliche Wahrnehmungen durch den Beamten oder bei Aktenherausgabe gesprochen.²⁸⁰ Bei der Auslegung von Art. 320 Abs. 2 StGB ist zudem das Alter der Norm zu beachten. Das StGB beinhaltet diesen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund bereits seit 1942 – in einer Zeit, als die Amtshilfe noch kaum geregelt war.²⁸¹

8.8. Zwischenfazit

Unter dem Geheimhaltungsprinzip hatte der Täter die Möglichkeit, die Veröffentlichung geheimer Daten zu rechtfertigen. Einerseits konnte die Privatperson oder die Behörde (Art. 320 Abs. 2 StGB) in die Veröffentlichung einwilligen. Andererseits hatte der Täter als ultima ratio die Möglichkeit, zur Wahrung von berechtigten Interessen, die Veröffentlichung zu rechtfertigen.²⁸²

Die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips hat zu einer Beweislastumkehr geführt. Die Geheimhaltung von Daten wurde zu einer rechtfertigenden Ausnahme.²⁸³ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt die Beweislast für die Geheimhaltung bei der Behörde.²⁸⁴ Die Behörde muss nicht nur die Erfüllung der Voraussetzungen eines Amtsgeheimnisses beweisen, sondern auch den Beweis für eine gerechtfertigte Geheimhaltung erbringen.

9. Lösungsansatz

Die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips hatte folgende fundamentale Auswirkungen auf den Straftatbestand der Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB):

- Das Tatobjekt wandelte sich von einem unbestimmten Rechtsbegriff hin zu einer Blankettstrafnorm. Aufgrund des Fehlens eines expliziten Verweises auf ausfüllende Normen oder einer speziellen Ausfüllungsnorm, erfüllt die

²⁸⁰ BSK StGB – OBERHOLZER, Art. 320, N.13.

²⁸¹ Vgl. BSK DSG – EHRENSPERGER, Art. 19, N.2.

²⁸² BGE 134 IV 216, E.6.5.

²⁸³ MICHLIG, S.232.

²⁸⁴ BGer 1C_129/2016, E.2.6 vom 14.02.2017.

aktuelle Norm nicht die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB) und ist somit verboten.²⁸⁵

- Als Ausnahmen vom Öffentlichkeitsprinzip nennt das BGÖ Art. 4, 8 und 7. In Art. 7 BGÖ wird der Behörde ein Ermessen eingeräumt, Tatsachen als geheim zu erklären. Da es sich beim BGÖ um eine verwaltungsrechtliche Norm handelt, kann dieses Ermessen nicht als Ermessen i.S.v. Art. 320 StGB übernommen werden. Als gültige Ausnahme von der Öffentlichkeit bleibt für das Amtsgeheimnis Art. 4 lit. a BGÖ. Dieses verlangt eine spezialgesetzliche Regelung, in der eine bestimmte Tatsache in einem Bundesgesetz als geheim erklärt wird.
- Die Rechtsprechung hat die Anforderungen an Art.4 lit.a BGÖ weiter konkretisiert.
 - Die geheime Information muss in einem Spezialgesetz geregelt sein.²⁸⁶
 - Die geheim zu haltende Information muss ausreichend konkret definiert sein.²⁸⁷
 - Die geheime Information muss dem materiellen Geheimnisbegriff entsprechen, es wird somit der Nachweis einer konkreten Gefährdung verlangt.²⁸⁸

Somit muss das Tatobjekt von Art. 320 StGB eine genügend bestimmte, geheime Information sein, welche in einem Spezialgesetz geregelt ist. Durch die widerrechtliche Weitergabe der Information muss der betroffenen Person, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit, eine ernsthafte Schädigung drohen.

Damit Art. 320 StGB unter dem Öffentlichkeitsprinzip das Legalitätsprinzip (Art. 1 StGB) wahrt, ist innerhalb der Norm eine Delegation zum Erlassen einer Ausführungsnorm, ähnlich wie Art. 2a BetmG i.V.m. BetmVV-EDI notwendig. Die Ausführungsnorm muss entweder die relevanten Spezialgesetze oder die geheimen Informationen beinhalten.

Dieser Lösungsansatz entspricht in den Grundzügen dem schwedischen Modell. In

²⁸⁵ BGE 136 I 87, E.8.3.

²⁸⁶ BBl 2003 1978.

²⁸⁷ BVGer A-4307/2010, E.9.8 vom 28.02.2013.

²⁸⁸ BGer 1C_129/2016, E.2.6 vom 14.02.2017.

Schweden existiert bereits seit 1766 das Öffentlichkeitsprinzip. Das für den Zugang zu amtlichen Dokumenten relevante Gesetz ist die „Tryckfrihetsförordning“ (TF), das Pressefreiheitsgesetz. In der TF wird bestimmt, dass jeder Bürger Zugang zu amtlichen Dokumenten hat. Es enthält die Verfahrensvorschriften zur Ausübung und Durchsetzung der Einsichtsrechte.²⁸⁹ Das Einsichtsrecht kann unter gesetzlich geregelten Ausnahmen verweigert werden. Diese Ausnahmeregelungen sind aber nicht direkt anwendbar, sondern vom Gesetzgeber in einem besonderen Gesetz zu konkretisieren. Dieses Gesetz („Sekretesslag“ (SekL)) nennt im Einzelnen und abschliessend die Urkunden bzw. Urkundeninhalte, die einer Einsicht nicht zugänglich sein sollen und darum geheim sind. Entsprechend besteht ein äusserst detailliertes und häufig geändertes Geheimhaltungsgesetz.²⁹⁰

Durch das Geheimhaltungsgesetz wird eine scharfe und auf Eindeutigkeit ausgerichtete Grenzziehung zwischen öffentlich und nicht-öffentlich gemacht.²⁹¹ Trotz des erheblichen Umfangs und der oft schwierigen Handhabung des „Sekretesslag“ besteht dieses System in Schweden schon lange.²⁹²

Damit in der Schweiz das Öffentlichkeitsprinzip nicht nur für den Privaten ein Erfolg wird, sondern auch für die Mitglieder der öffentlichen Verwaltung, benötigt es umfangreiche Anpassungen. Besonders wichtig ist, dass die Rechtssicherheit in Bezug auf Art. 320 StGB wieder hergestellt wird.

Für den notwendigen Detaillierungsgrad der Ausfüllungsnormen muss zuerst eine systematische Analyse der Spezialgesetzgebung durchgeführt und bei Bedarf angepasst werden. Für die Anpassung braucht es eine Prüfung der Rechtsprechung im Hinblick auf die tatsächlich geheim zu haltenden Informationen.

Eine interdisziplinäre Betrachtung der Thematik könnte zu einer systematisch - methodischen Abgrenzung zwischen den strafrechtlich und verwaltungsrechtlich geschützten Geheimnissen führen. Zu fragen ist, ob die vielfältigen öffentlich-rechtlichen allgemeinen Schweigepflichten noch zeitgemäss sind, und welche Geheimnisse sollen damit zukünftig geschützt werden? Eine klare Trennung zwischen der

²⁸⁹ CONRADI, S.12.

²⁹⁰ BBI 2003 1969.

²⁹¹ CONRADI, S. 12.

²⁹² EEK, S.153; KJELLIN, S.608; WILLERS, S.7; CONRADI S.13.

strafrechtlichen Amtsgeheimnisverletzung und den öffentlich-rechtlichen Schweigepflichten würde auch zu einer Anpassung des Verwaltungsstrafrechts führen.

Zudem müsste geklärt werden, welche Geheimnisverletzungen ein Official- oder Antragsdelikt darstellen. Zu guter Letzt würde sich in diesem Komplex eine Überlegung zur Rolle der zivilrechtlichen Persönlichkeitsverletzung anbieten.

10. Exkurs: Strafprozess

10.1. Öffentlichkeit

Die Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündungen ist ein verfassungsrechtliches Grundrecht (Art. 30 Abs. 3 und Art. 6 Abs. 1 EMRK). Eine wesentliche Funktion des „Prinzips der Justizöffentlichkeit“²⁹³ besteht im Schutz des Individuums, welches bei einem Strafverfahren dem Staat in besonderer Weise ausgeliefert ist.²⁹⁴ Die Öffentlichkeit bedeutet eine Absage an jegliche Form geheimer Kabinettsjustiz.²⁹⁵ Die Anwesenheit von Publikum und insbesondere das wachsame Auge der Medien soll der beschuldigten Person durch die Kontrolle von Justiztätigkeit und Rechtsfindung einen fairen Prozess garantieren.²⁹⁶

Die Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen findet sich wegen seiner Schutzfunktion in allen Verfahrensarten wieder (Art. 30 Abs. 3 BV).²⁹⁷ Aufgrund des bereits umgesetzten „Prinzips der Justizöffentlichkeit“²⁹⁸ unterstehen Dokumente, die Teil von Verfahrensakten sind, nicht dem sachlichen Geltungsbereich des BGÖ (Art. 3 Abs. 1 lit. a BGÖ). Das Öffentlichkeitsprinzip in gerichtlichen Verfahren wird durch die spezielle Verfahrensgesetzgebung geregelt.²⁹⁹

Im Strafprozess findet sich die gesetzliche Konkretisierung des Öffentlichkeitsprinzips in Art. 69 bis 73 StPO. Traditionellerweise bezieht sich die Justizöffentlichkeit

²⁹³ BGE 139 I 129, E. 3.3; BGE137 I 16, E. 2.2.

²⁹⁴ BSK BV – REICH, Art. 30, N.42; BSK StPO – SAXER/THURNHERR, Art. 69, N.12.

²⁹⁵ SGK BV – STEINMANN, Art. 30, N.43.

²⁹⁶ BBl 2003 1989.

²⁹⁷ BSK BV-REICH, Art. 30, N.45.

²⁹⁸ BGE 139 I 129, E. 3.3; BGE137 I 16, E. 2.2.

²⁹⁹ BBl 2003 1989.

auf das Strafverfahren, im Speziellen auf die Verhandlung und die Urteilseröffnung (Art. 69 Abs.1 StPO und Art. 6 Ziff. 1 EMRK).³⁰⁰ Hier kommt der Öffentlichkeit eine besondere Schutzfunktion zu, da besonders schwere Sanktionen auf dem Spiel stehen. Es geht um die „potentiell schärfsten staatlichen Sanktionen gegenüber dem Individuum.“³⁰¹

10.2. Strafverfahren

Vor Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung hatte jeder Kanton sowie der Bund ein eigenes Strafverfahrensrecht. Mit in Kraft treten der eidgenössischen StPO am 01.01.2011 wurde das Strafprozessrecht schweizweit vereinheitlicht. Der moderne Strafprozess ist ein Anklageprozess, welcher eine Trennung von anklagender und urteilender Behörde verlangt. Die anklagende Behörde ermittelt in einem Vorverfahren alle relevanten Fakten und Beweise. Anschliessend unterbreitet sie in einer Anklageschrift die Vorwürfe dem Gericht zur Beurteilung (Anklage- oder Akkusationsprinzip).³⁰² Folge dieser Gewaltenteilung ist die Notwendigkeit eines vorbereitenden Verfahrens.³⁰³ Entsprechend kennt die StPO ein Vorverfahren, welches für den Fortgang des Verfahrens die erforderlichen Grundlagen schaffen und den Beschuldigten gleichzeitig vor allzu früher Anklageerhebung schützen soll (Art. 299 ff. StPO).³⁰⁴ Das Vorverfahren wird unterteilt in ein polizeiliches Ermittlungsverfahren (Art. 306 ff. StPO) und in eine Untersuchung der Staatsanwaltschaft (Art. 308 ff. StPO). Dem Vorverfahren geht meist eine eigenständige polizeiliche Vorermittlung voraus, diese findet ausserhalb des Strafverfahrens statt.³⁰⁵ Diese Tätigkeiten der Polizei «aus eigenem Antrieb» (Art. 15 Abs.2 StPO) bzw. Ermittlungen aufgrund «eigenen Feststellungen» (Art. 306 Abs. 1. StPO) fallen nicht unter die Regelungen der StPO, sondern unter das Polizeigesetz. Je nach anwendbarem Recht (StPO oder PolG), hat dies Konsequenzen für die Grundrechte des Individuums und die Aufsichts- und Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft.³⁰⁶ Die Abgrenzung zwischen polizeilichem Ermittlungsverfahren gemäss StPO und polizeilicher Vorermittlung nach Polizeigesetz ist jedoch nicht leicht. Die

³⁰⁰ BSK StPO – SAXER/THURNHERR, Art. 69, N.3

³⁰¹ BSK StPO – SAXER/THURNHERR, Art. 69, N.13.

³⁰² BBl 2006 1132.

³⁰³ BSK StPO – RIEDO/BONER, Art. 299, N.1.

³⁰⁴ BSK StPO – RIEDO/BONER, Art. 299, N.2.

³⁰⁵ Bürge, S.50.

³⁰⁶ BSK StPO – RHYNER, Art. 308, N.8

Auswirkungen sind aber fundamental. Von der Unterscheidung hängt in weiterer Folge auch die Gültigkeit des Öffentlichkeitsprinzips ab und, wie noch zu zeigen ist, in diesem Zusammenhang die Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB.

10.3. Vorverfahren (Ermittlung und Untersuchung)

Mit Einführung der StPO wurde das Staatsanwaltschaftsmodell II verankert und auf Untersuchungsrichter verzichtet. Nach diesem Modell leitet die Staatsanwaltschaft das Vorverfahren, verfolgt Straftaten im Rahmen der Untersuchung und vertritt die Anklage (Art. 16 Abs. 2 StPO).³⁰⁷ Sie ist für die Abklärung des Sachverhalts verantwortlich und im Falle einer Anklage liefert sie dem Gericht die wesentlichen Grundlagen für eine Beurteilung. Indem die Verantwortung für das Vorverfahren lediglich bei einer Behörde (Staatsanwaltschaft) liegt, kann das Verfahren ökonomischer und effizienter durchgeführt werden. Auf der anderen Seite ist dieses Modell mit einer grossen Machtkonzentration und dem Verlust des „Vieraugenprinzips“ verbunden.³⁰⁸ „Die Staatsanwaltschaft ist die alleinige Herrin des Vorverfahrens.“³⁰⁹

Das gesamte Vorverfahren (Art. 299 ff. StPO) fällt unter die Nichtöffentlichkeit (Art. 69 Abs. 3 lit. a StPO). Die gesetzliche Öffentlichkeit beginnt bei der Hauptverhandlung (Art. 69 Abs. 1 StPO). Als Ausgleich zur Machtstellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren kommt der Öffentlichkeit des Strafverfahrens vor Gericht eine wichtige Funktion zu.³¹⁰

Da das Vorverfahren Teil eines Strafverfahrens ist, fällt es ebenfalls nicht in den sachlichen Geltungsbereich des BGÖ (Art. 3 Abs. 1 lit. a BGÖ). Art. 73 Abs. 1 StPO regelt die Geheimhaltungspflicht der Strafbehörden über „*Tatsachen, die ihnen in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit zur Kenntnis gelangt sind.*“ Das Vorverfahren unterliegt aufgrund von Art. 73 Abs. 1 StPO dem Geheimhaltungsprinzip und nicht dem Öffentlichkeitsprinzip.³¹¹

³⁰⁷ BÜRGE, S.8.

³⁰⁸ BBl 2006 1107.

³⁰⁹ Bürge, S.12.

³¹⁰ BSK StPO – SAXER/THURNHERR, Art.69, N.29.

³¹¹ BSK StPO – SAXER/THURNHERR, Art. 73, N.1.

Im Vorverfahren werden, ausgehend von einem Anfangsverdacht, Erhebungen getätigt und Beweise gesammelt um festzustellen, ob ein Strafbefehl zu erlassen, Anklage zu erheben oder die Einstellung des Verfahrens zu verfügen ist (Art. 299 Abs. 2 StPO). Mit Art. 73 Abs. 1 StPO wird im Vorverfahren das Ermittlungs- und Untersuchungsgeheimnis geschützt, es steht unter dem Schutz des strafrechtlichen Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB).³¹²

Das Ziel des Vorverfahrens ist die Erstellung des strafrechtlich relevanten Sachverhaltes, des Tathergangs. Das Ermittlungs- und Untersuchungsgeheimnis bezieht sich somit auf Tatsachen, die den Tathergang betreffen. Nur Tatsachen, die entscheidend für den Tathergang sind und aus taktischen Gründen relevant sind, sind somit geheim.

Werden „geheime“ Informationen aus einem Vorverfahren widerrechtlich veröffentlicht, wirft die Beurteilung einer möglichen Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB) Fragen auf. Wie in Kapitel 8.5 erörtert, kam es durch die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips und die darauf folgende Rechtsprechung zu einem Wandel beim Tatobjekt der Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB. Der strafrechtlichen Amtsgeheimnisverletzung wird nicht mehr der „materielle Geheimnisbegriff“³¹³ zugrunde gelegt, sondern ein formell-materieller.³¹⁴

Aufgrund des Geheimhaltungsprinzips im Vorverfahren stellt sich nun die Frage, ob die Beurteilung eines zulässigen Tatobjekts nach den Voraussetzungen der alten Rechtsprechung (materieller Geheimnisbegriff) beurteilt wird oder nach den strenger Anforderungen unter dem Öffentlichkeitsprinzip (formell – materiell). In der Praxis wird, ohne auf die Auswirkung des Öffentlichkeitsprinzips einzugehen, die Meinung vertreten, dass Art. 73 Abs. 1 StPO ein materieller Geheimnisbegriff zugrunde liegt.³¹⁵ Erschwerend kommt hinzu, dass das Vorverfahren in der StPO eher rudimentär geregelt ist.³¹⁶ Eine abschliessende Antwort muss an dieser Stelle offen bleiben. Aus Gründen der Rechtsicherheit und des Bestimmtheitsgebots wird jedoch die Meinung vertreten, dass die Beurteilung nach den neuen Anforderungen

³¹² Michlig, S.198; BBl 2006 1153.

³¹³ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S.576.

³¹⁴ Kapitel 8.5.

³¹⁵ BSK StPO – SAXER/THURNHEER, Art. 73, N.8; MICHLIG, S.198.

³¹⁶ Bürge, S.51.

(formell-materielle) stattfinden muss. Eine Bestrafung nach Art. 320 StGB kann nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen an ein gültiges Tatobjekt i.S.d. modernen Amtsgeheimnisses erfüllt sind. Unter diesem Aspekt ist die allgemeine Geheimhaltung nach Art. 73 Abs. 1 StPO zu allgemein.³¹⁷ Natürlich besteht die Möglichkeit die Geheimhaltung im Vorverfahren umfassend auszulegen. Konsequenterweise muss die Rechtsfolge dann innerhalb des Verwaltungsstrafrechts geregelt werden.

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dass der Staatsanwaltschaft eine umfassendere Geheimhaltung zum untersuchten Fall erlässt (Art. 16 Abs. 2 StPO).³¹⁸ Die Missachtung der staatsanwaltschaftlichen Weisung hätte für den Beamten keine strafrechtlichen, sondern disziplinarische Sanktionen zur Folge.

10.4. Polizeiliche Vorermittlung

Soweit die Polizei Strafverfolgungsaufgaben wahrnimmt ist sie eine vollwertige Strafbehörde mit den entsprechenden Rechten und Pflichten (Art. 12, Art. 15 und Art. 73 Abs. 1 StPO).³¹⁹ Die polizeiliche Ermittlungstätigkeit, als Teil des Vorverfahrens, fällt unter die Regelung der Nichtöffentlichkeit von Art. 69 Abs. 3 lit. a StPO.³²⁰ Auf die sich dabei für eine strafrechtliche Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB ergebenden Fragen wird auf die Ausführung in Kapitel 1.3 verwiesen.

Sämtliche polizeiliche Tätigkeiten „aus eigenem Antrieb“ (Art. 15 Abs. 2 StPO) und Ermittlungen aufgrund „eigener Feststellungen“ (Art. 306 Abs. 1 StPO) fallen nicht unter die Regelungen der StPO sondern unter das Polizeirecht.³²¹ Besondere Probleme ergeben sich bei den sogenannten polizeilichen Vorermittlungen „aufgrund eigener Feststellungen“ (Art. 306 Abs. 2 StPO). Die Vorermittlungen fallen nicht unter die Regelungen der StPO sondern unter das Polizeirecht.³²² Im Stadium der Vorermittlung gibt es nur ungesicherte Anhaltspunkte oder Vermutungen, aber noch keinen Anfangsverdacht für ein Ermittlungsverfahren (Art.299 Abs. 2 StPO).

³¹⁷ Kapitel 8.5; BGer 1C_129/2016, E.2.3.1 vom 14.02.2017.

³¹⁸ BSK StPO – RHYNER, Art. 306 N.2.

³¹⁹ BSK StPO – RHYNER, Art. 306 N.4.

³²⁰ BSK StPO – SAXER/THURNHERR, Art. 69, N.29.

³²¹ Vgl. BSK StPO – RHYNER, Art. 306, N.8.

³²² Bürge, S.64.

Die Abgrenzung zwischen Vorermittlung und Ermittlung ist in der Praxis problematisch.³²³

Die anwendbare Rechtsgrundlage bestimmt sich im Einzelfall nach dem mit dem polizeilichen Handeln verfolgten Zweck. Alle Tätigkeiten der Polizei, die den Charakter von Ermittlungen von Straftaten haben, fallen unter die StPO. Bezeichnet werden diese Handlungen als „kriminalpolizeilich“ bzw. „gerichtspolizeilich“.³²⁴ Gerichtspolizeiliche Tätigkeit gemäss Art. 300 Abs. 1 lit. a StPO bezwecken die Klärung einer strafrechtlichen Verdachtslage und die Verfolgung von Straftaten. Polizeiliche Tätigkeiten, die primär der Gefahrenabwehr dienen, fallen hingegen unter das Polizeirecht.³²⁵ Die Unterscheidung erscheint in der Theorie klar, in der Praxis gestaltet sie sich aber nicht einfach.³²⁶ Die Grenze zwischen polizeirechtlicher und strafprozessualer Tätigkeit verläuft fließend. Das entscheidende Abgrenzungskriterium für die Anwendbarkeit der StPO ist der strafprozessuale Anfangsverdacht (Art. 299 Abs. 2).³²⁷ Dieser wird in der StPO allerdings nicht definiert. Die Beurteilung erfolgt Einzelfall bezogen, es gilt aber der Grundsatz „*in dubio pro duriore*“.³²⁸ Erhebt die Polizei bei ihren Vorermittlungen Beweise und stützt sie sich zu lange auf das PolG, riskiert sie die Unverwertbarkeit von erlangten Beweisen (Art. 141 StPO).³²⁹

Im Fokus der Vorermittlungen steht die Beschaffung von umfangreichen Informationen über Personen und deren Auswertung. Die Polizei beginnt von sich aus mit Ermittlungen um einen Verdacht zu begründen oder aufgrund von vagen, noch ungesicherten Anhaltspunkten, kriminalistischen Erfahrungswerten oder auf einer blossen Vermutung oder Hypothese.³³⁰ Ein Anfangsverdacht für eine Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens gem. Art. 306 f. StPO liegt hingegen nicht vor.³³¹ Die Erkenntnisse aus Vorermittlungen bilden Feststellungen i.S.v. Art. 306 Abs. 1 StPO

³²³ BSK StPO – RHYNER, Art. 306, N.8.

³²⁴ BSK StPO – USTER, Art. 15, N.1.

³²⁵ BSK StPO – USTER, Art. 15, N.2.

³²⁶ BSK StPO – RHYNER, Art. 306, N.6.

³²⁷ Bürge, S.83.

³²⁸ BSK StPO – RIEDO/BONER, Art. 300, N.4.

³²⁹ Bürge, S.82.

³³⁰ BSK StPO – RHYNER, Art. 306, N.8.

³³¹ BÜRGE, S.83.

auf deren Grundlage anschliessend das Ermittlungsverfahren eröffnet wird.³³² Oft beschränken sich die Tätigkeiten auf das Beobachten und Zusammentragen von allgemein zugänglichen Hinweisen und Informationen und formlose Befragungen. Möglich ist aber auch die Verwendung von Informanten und Vertrauenspersonen und anderen verdeckten Massnahmen (z.B. § 32 f. PolG/ZH).³³³ Die gewonnenen Erkenntnisse sind nur teilweise für Straftaten bestimmt und damit gerichtsverwertbar. Die dafür notwendigen verdeckten Ermittlungen durch die Polizei wurden darum nicht in die StPO, sondern in die Polizeigesetzgebung übernommen.³³⁴

Sobald ein strafprozessualer Anfangsverdacht vorliegt, gelten die Vorschriften der StPO. Es erfolgt ein Wechsel in das Ermittlungsverfahren unter der Leitung der Staatsanwaltschaft.³³⁵ Ebenso beginnt das Ermittlungsverfahren, wenn im Rahmen der Vorermittlung z.B. strafprozessuale Zwangsmassnahmen (Art. 196 ff. StPO) vorgenommen werden. Allerdings kennen auch die Polizeigesetze analoge Massnahmen.³³⁶ Rechtmässig erlangte Erkenntnisse aus Vorermittlungen sind im Strafverfahren grundsätzlich verwertbar. Die polizeiliche Vorermittlung birgt aber das Risiko von Beweisverwertungsverböten (Art. 141 StPO) bei zu spät eingeleiteten Ermittlungsverfahren oder wenn Regeln zum Schutz der Verfahrensbeteiligten nicht eingehalten werden.³³⁷

Die Abgrenzungsproblematik betrifft nicht nur die strafprozessualen Garantien von Beschuldigten, sondern auch die Frage der Öffentlichkeit von Informationen. Nur für die gerichtspolizeilichen Tätigkeiten gelten die Geheimhaltungsvorschriften der StPO. Für polizeiliche Tätigkeiten nach PolG gilt Art. 69 Abs. 3 lit. a und Art. 73 Abs. 1 StPO nicht. Nicht zu einem Strafverfahren gehörig, fallen diese polizeilichen Tätigkeiten darum auch unter den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsprinzips (e contrario zu Art. 3 Abs. 1 BGÖ).

³³² BSK StPO – RHYNER, Art. 306, N.9.

³³³ Vgl. z.B. § 32 PolG/ZH – Observation; § 32e PolG/ZH – verdeckte Ermittlung.

³³⁴ BSK StPO – RHYNER, Art. 306, N.8.

³³⁵ BÜRGE, S.74.

³³⁶ Vgl. z.B. § 32-32f PolG/ZH – Überwachungsmassnahmen.

³³⁷ BSK StPO – RHYNER, Art. 306, N.8; Bürge, S.81.

Wie erwähnt ist die Abgrenzung in der Praxis z.T. sehr schwierig. Da die Unterscheidung aber nicht nur prozessual, sondern auch für die Gültigkeit des Öffentlichkeitsprinzips von erheblicher Bedeutung ist, wird im Folgenden noch etwas näher auf die eigenständigen polizeilichen Vorermittlungen eingegangen.

Obwohl in der Praxis Vorermittlungen sehr häufig vorkommen, sind sie im Polizeirecht nicht klar geregelt. In der Realität gibt es darum keine klaren Trennlinien zwischen sicherheitspolizeilicher (Vorermittlung) und gerichtspolizeilicher (Ermittlungs-) Tätigkeit.³³⁸ Zulässigkeit und Grenzen richten sich einerseits nach der anwendbaren Polizeigesetzgebung und andererseits nach dem Verdachtsgrad, den Gesetzgeber und Rechtsprechung als Schwelle für das Vorverfahren der StPO bestimmen.³³⁹

In der Wirkung ist der Unterschied, wie bereits erwähnt, aber elementar. Vorermittlungen fallen unter das PolG und darum sind Informationen aus dem Vorermittlungsverfahren nicht geheim gemäss Art. 69 Abs. 3 lit.a StPO. Die involvierten Polizisten unterstehen auch nicht dem Geheimhaltungsprinzip gemäss Art. 73 Abs. 1 StPO. Die unerlaubte Bekanntgabe von geheimen Informationen einer Vorermittlung fällt daher nicht automatisch unter Art. 320 StGB. Das Geheimnis muss konsequenterweise nach dem Öffentlichkeitsprinzip beurteilt werden.

Nach dem BGÖ sind alle amtlichen Dokumente öffentlich, ausser sie werden durch einen spezialgesetzlichen Erlass des Bundes als geheim erklärt. Nur bei der Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 4 lit. a BGÖ (formell- materielle) kann eine Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB) vorliegen.³⁴⁰ Wie in Kapitel 8.5 erörtert muss die geheime Information als gültiges Tatobjekt in einem Spezialgesetz genügend bestimmt geregelt sein und die Bekanntgabe zu einer konkreten Gefährdung bei der betroffenen Person führen.³⁴¹

³³⁸ BÜRGE, S.83.

³³⁹ BSK StPO – RHYNER, Art. 306, N.8.

³⁴⁰ Kapitel. 8.5.

³⁴¹ Kapitel 8.5.

Die Schwierigkeit besteht einerseits darin, dass Polizeigesetze kantonale Erlasse sind.³⁴² Andererseits ist der Umstand, dass Bestimmungen fehlen, die konkrete Tatsachen als geheim klassifizieren problematisch.³⁴³ Das Öffentlichkeitsprinzip konsequent angewendet bedeutet das, dass eine gesetzliche Grundlage fehlt, die Tatsachen aus polizeirechtlichen Tätigkeiten als geheim klassifiziert. Somit sind, seit in Kraft treten des Öffentlichkeitsprinzips, Informationen über das gesamte polizeiliche Handeln im Vorermittlungsverfahren öffentlich und nicht geheim, ausser es betrifft das strafprozessuale Ermittlungsverfahren.³⁴⁴ Ob es sich bei der Öffentlichkeit der polizeilichen Tätigkeit um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers handelt oder diese Lücke noch geschlossen werden muss, wird sich in Zukunft zeigen.

10.5. Zwischenfazit

Aufgrund des bereits umgesetzten „Prinzips der Justizöffentlichkeit“ (Art. 30 Abs. 3 BV) unterstehen Dokumente, die Teil von Verfahrensakten sind, nicht dem sachlichen Geltungsbereich des BGÖ (Art. 3 Abs. 1 lit. a BGÖ). Das Öffentlichkeitsprinzip in gerichtlichen Verfahren wird durch die spezielle Verfahrensgesetzgebung geregelt. Im Strafprozess findet sich die gesetzliche Konkretisierung des Öffentlichkeitsprinzips in Art. 69 bis 73 StPO. Das gesamte Vorverfahren (Art. 299 ff. StPO) fällt unter die Nichtöffentlichkeit (Art. 69 Abs. 3 lit. a StPO). Die gesetzliche Öffentlichkeit beginnt bei der Hauptverhandlung (Art. 69 Abs. 1 StPO).

Vorverfahren: Im Vorverfahren gilt das Geheimhaltungsprinzips (Art. 73 Abs. 1 StPO). In Bezug auf ein zulässiges Tatobjekt einer Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB) stellt sich die Frage, ob die Beurteilung nach den Voraussetzungen der alten Rechtsprechung (materieller Geheimnisbegriff) oder nach den strengeren Anforderungen unter dem Öffentlichkeitsprinzip (formell – materiell) erfolgt. In der Praxis wird, ohne auf die Auswirkung des Öffentlichkeitsprinzips einzugehen, die Meinung vertreten, dass Art. 73 Abs. 1 StPO ein materieller Geheimnisbegriff zugrunde liegt.³⁴⁵ Aus Gründen der Rechtsicherheit und des Bestimmtheitsgebots

³⁴² Kapitel 8.3.

³⁴³ Vgl. z.B. PolG/ZH.

³⁴⁴ Kapitel 10.3.

³⁴⁵ BSK StPO – SAXER/THURNHEER, Art. 73, N.8; MICHLIG, S.198.

wird jedoch die Meinung vertreten, dass die Beurteilung nach den neuen Anforderungen (formell-materielle) stattfinden muss. Eine Bestrafung nach Art. 320 StGB kann nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen an ein gültiges Tatobjekt i.S.d. modernen Amtsgeheimnisses erfüllt sind. Unter diesem Aspekt ist die allgemeine Geheimhaltung nach Art. 73 Abs. 1 StPO zu allgemein.³⁴⁶

Vorermittlung: Nur Informationen des strafprozessualen Ermittlungsverfahrens sind geheim. Polizeiliche Vorermittlungen fallen nicht unter Art. 73 Abs. 1 StPO. Dieser Umstand hat zur Folge, dass bei polizeilichen Vorermittlungen das Öffentlichkeitsprinzip angewendet werden muss (e contrario zu Art. 3 Abs. 1 lit. a BGÖ). Das PolG des Kantons Zürich, als Beispiel, erhält keine Regelungen, welche eine konkrete Tatsache i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. a BGÖ als geheim klassifizieren.³⁴⁷ Es braucht auch in diesem Fall ein vertieftes Expertenwissen, um mögliche geheime Tatsachen zu identifizieren. Somit sind, seit in Kraft treten des Öffentlichkeitsprinzips, Informationen über das polizeiliche Handeln im Vorermittlungsverfahren öffentlich und nicht geheim, ausser es betrifft das strafprozessuale Ermittlungsverfahren.³⁴⁸ Das Öffentlichkeitsprinzip konsequent angewendet bedeutet dies jedoch, dass im Vorermittlungsverfahren die widerrechtliche Bekanntgabe von Informationen zu keiner Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB) führt.

Schlussbetrachtung

Im Jahr 2006 machte die Schweiz einen grossen Schritt in Richtung moderner Demokratie: im Bund wurde das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung eingeführt. Die Umsetzung regelt das BGÖ bzw. die Öffentlichkeitsgesetze der Kantone, indem jedem Bürger das Recht eingeräumt wird, Einsicht in Dokumente der Verwaltung zu nehmen. Durch diesen Schritt soll die Transparenz gefördert und das Vertrauen in den Staat erhöht werden.

³⁴⁶ Kapitel 8.5; BGer 1C_129/2016, E.2.3.1 vom 14.02.2017.

³⁴⁷ Vgl. PolG/ZH.

³⁴⁸ Kapitel 10.3.

Neben der Förderung der Transparenz leistet der Wechsel zum Öffentlichkeitsprinzip einen wesentlichen Beitrag zur Verwirklichung des Grundrechts auf Informationsfreiheit nach Art. 16 BV. Der Umfang der allgemein zugänglichen Informationsquellen wurde um den bisher nicht allgemein zugänglichen Bestand der Verwaltungsinformationen bzw. amtlichen Dokumente (Art. 5 BGÖ) erweitert.³⁴⁹

Bei der ganzen Aufregung rund um die Einführung des neuen Zugangsrechts für jeden Bürger hatte die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips eine weitere Konsequenz, die scheinbar von Lehre und Praxis unbemerkt blieb.³⁵⁰ Die Auswirkung kann aber, ohne Übertreibung, als elementar angesehen werden: das strafrechtliche Amtsgeheimnis wurde neu definiert.³⁵¹

Der Gesetzgeber vertritt die Auffassung, dass das Amtsgeheimnis durch das Öffentlichkeitsprinzip neu definiert wurde.³⁵² Die Lehre ist hingegen ohne ersichtliche Begründung der Meinung, dass das Öffentlichkeitsprinzip keine Auswirkung auf das Amtsgeheimnis hat.³⁵³

Die vorliegende Arbeit konnte zeigen, dass bei konsequenter Anwendung der Forderungen des Öffentlichkeitsprinzips das Tatobjekt einer Amtsgeheimnisverletzung nicht nur konkretisiert, sondern neu definiert wurde, ganz im Sinne des Gesetzgebers.³⁵⁴

Bis zur Einführung des Öffentlichkeitsprinzips wurde jede widerrechtliche Verletzung eines materiellen Geheimnisses, das ein Beamter in seiner amtlichen Tätigkeit erfahren hat, nach Art. 320 StGB bestraft.

In Art. 4 und 7 BGÖ wird geregelt, dass alle amtlichen Informationen als öffentlich gelten, ausser sie wurden spezialgesetzlich als geheim erklärt (Art. 4 Abs. 1 lit. a BGÖ) oder von der Behörde nachträglich als geheim erklärt (Art. 7 BGÖ).

Das BGÖ gilt grundsätzlich nur für Bundesbeamte bzw. für die Bundesbehörde.

³⁴⁹ BSK BGÖ – BLECHTA, Entstehung u. Systematik, N.1.

³⁵⁰ Evaluation, S.35.

³⁵¹ BJ-FAQ, Frage 1.1.2.

³⁵² BBI 2003 1978.

³⁵³ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S.575.

³⁵⁴ Vgl. BBI 2003, 1978.

Der Unterschied zwischen kantonalen Beamten und Bundesbeamten würde jedoch, wie in Kapitel 8.3 dargelegt, zur Verletzung des Gleichheitsgebots führen (Art. 8 Abs. 1 BV) und ist klar verfassungswidrig

Durch diese Anforderung wandelte sich Art. 320 StGB von einem unbestimmten Rechtsbegriff hin zu einer Blankettstrafnorm. Durch den Umfang der infrage kommenden Ausfüllungsnormen handelt es sich dabei um ein Expertenstrafrecht. Ohne expliziten Verweis bzw. Ausfüllungsnorm entspricht der aktuelle Art. 320 StGB nicht dem Legalitätsprinzip und ist in dieser grenz- und konturlosen Form verboten.³⁵⁵

Eine weitere elementare Auswirkung betrifft die Definition des Tatobjekts.³⁵⁶ Bis zum BGÖ galt jedes materielle Geheimnis in der Verwaltung als Amtsgeheimnis. Neu müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Die geheime Information muss in einem Spezialgesetz geregelt sein.³⁵⁷
- Die geheim zu haltende Information muss ausreichend konkret definiert sein.³⁵⁸
- Die geheime Information muss dem materiellen Geheimnisbegriff entsprechen bzw. muss durch die Verletzung eine konkrete Gefährdung nachgewiesen werden.³⁵⁹

Nicht mehr jedes materielle Geheimnis ist ein Amtsgeheimnis, sondern nur eine genügend bestimmte, geheime Information, geregelt in einem Spezialgesetz. Durch die Anforderung des Spezialgesetzes gibt es eine Einschränkung der materiellen Geheimnisse auf formell - materielle Geheimnisse. Neben dieser Anforderung reicht auch wie bisher keine abstrakte Gefährdung, sondern die Geheimnisverletzung muss zu einer konkreten Gefährdung führen.³⁶⁰

³⁵⁵ Kapitel 8.1; BGE 136 I 87, E.8.3.

³⁵⁶ Kapitel 8.3 und 8.5.

³⁵⁷ BBl 2003 1978.

³⁵⁸ BVGer A-4307/2010, E.9.8 vom 28.02.2013..

³⁵⁹ BGer1C_129/2016, E.2.6 vom 14.02.2017.

³⁶⁰ Kapitel 8.5.

Eine weitere Auswirkung des Öffentlichkeitsprinzips betrifft die Rechtfertigungsgründe.³⁶¹ Unter dem alten Geheimhaltungsprinzip hatte der Täter die Möglichkeit, den Geheimnisbruch zu rechtfertigen. Das BGÖ hat zu einer Beweislastumkehr geführt. Die Geheimhaltung von Daten wurde zu einer rechtfertigenden Ausnahme.³⁶² Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt die Beweislast für die Geheimhaltung bei der Behörde.³⁶³ Die Behörde muss nicht nur die Erfüllung der Voraussetzungen eines Amtsgeheimnisses beweisen, sondern auch den Beweis für eine gerechtfertigte Geheimhaltung erbringen.

Wenn dem Öffentlichkeitsprinzip in der Praxis zum Durchbruch verholfen werden soll, sind weitere konkretisierende Normen erforderlich.³⁶⁴ Es benötigt einerseits eine Ausfüllungsnorm. Andererseits benötigt es eine systematische Durchsicht und mögliche Anpassungen der existierenden Spezialgesetze. Ein dritter Punkt betrifft die saubere Trennung zwischen verwaltungsrechtlicher Schweigepflichten und strafrechtlicher Amtsgeheimnisverletzung. Bei der Überarbeitung der verwaltungsrechtlichen Schweigepflichten muss auch das Verwaltungsstrafrecht angepasst werden. Nur so besteht für die Beamten dank klarer Regelungen Transparenz und die Rechtssicherheit im Hinblick auf die Anwendung von Art. 320 StGB wird wieder hergestellt.³⁶⁵

³⁶¹ Kapitel 8.7.

³⁶² MICHLIG, S.232.

³⁶³ BGer 1C_129/2016, E.2.6 vom 14.02.2017.

³⁶⁴ SHK-NUSPLIGER, N.6; Evaluation S.131.

³⁶⁵ Vgl. Evaluation, S.35.

Eigenständigkeitserklärung

„Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende schriftliche Arbeit selbstständig und nur unter Zuhilfenahme der in den Verzeichnissen oder in den Anmerkungen genannten Quellen angefertigt habe. Ich versichere zudem, diese Arbeit nicht anderweitig als Leistungsnachweis verwendet zu haben. Eine Überprüfung der Arbeit auf Plagiate unter Einsatz entsprechender Software darf vorgenommen werden. Ich bin damit einverstanden, dass die Universität Zürich zu diesem Zweck entsprechende Dienstleister im In- oder Ausland beauftragen kann, welche von dieser auf Gewährleistung der Datensicherheit kontrolliert werden.“

(Ort / Datum)

(Unterschrift)