

Dr. Michael Merker, Rechtsanwalt

## WHISTLEBLOWER VOM BUNDESGERICHT LEZTINSTANZLICH SCHULDIG GESPROCHEN

# Achtung Amtsgeheimnis!

Whistleblowing ist gefährlich. Missstände in der öffentlichen Verwaltung sind zwar zu bekämpfen, die eingeleiteten Schritte müssen aber notwendig und angemessen sein und sich an der Verwaltungshierarchie orientieren. Der Gang zur Presse ist höchstens dann zulässig, wenn nichts anderes hilft, Fehlverhalten aufzudecken. Ist dies nicht

der Fall, liegt für die mit dem Whistleblowing verbundene Amtsgeheimnisverletzung kein Rechtfertigungsgrund vor, sie ist strafbar. Zwei ehemalige Mitarbeiterinnen des Zürcher Sozialamts wurden nun auch vom Bundesgericht für die Weitergabe von internen Akten an die «Weltwoche» wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses schuldig ge-

sprochen, da sie mehrere behördeninterne Ansprechmöglichkeiten nicht nutzten und den Gang an die Presse wählten. (Urteil 6B\_305/2011 des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12. Dezember 2011)

Zur Vorgeschichte: Anfang Januar 2007 übergaben zwei Mitarbeiterinnen des Zürcher Sozialamts der «Weltwoche» interne



Akten über verschiedene Sozialhilfeempfänger. Die beiden Controllerinnen wollten damit auf Missstände im Zürcher Sozialamt zur Bekämpfung von mutmasslichem Sozialhilfemissbrauch aufmerksam machen. Bevor sie der «Weltwoche» die internen Akten zuspielten, hatten sie sich an ihren direkten Vorgesetzten gewandt, eine Meldung der Missstände an die damalige Departementsvorsteherin, den Stadtpräsidenten oder an die Geschäftsprüfungskommission (GPK) erfolgte nicht.

#### **Freispruch durch Bezirksgericht**

«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», heisst es in Art. 320 Abs. 1 des schweizerischen Strafgesetzbuches.

Durch die Übergabe der Akten erfüllen die beiden Mitarbeiterinnen des Zürcher Sozialam-

tes diesen Tatbestand. Ein solches Vorgehen ist allerdings dann zulässig und nicht strafbar, wenn ein *Rechtfertigungsgrund* vorliegt. Dazu gehören die Einwilligung zur Weitergabe von Informationen durch die entsprechende Behörde und die Wahrung berechtigter Interessen, wenn die Tat ein zur Erreichung des Ziels angemessenes und notwendiges Mittel darstellt. Letzteres trägt allerdings nur, wenn zuvor der Amts- oder Rechtsweg mit legalen Mitteln bestritten und ausgeschöpft wurde.

## **INHALT**

### **Seite 1**

Recht: Achtung Amtsgeheimnis!

### **Seite 4**

Impressum

### **Seite 5**

Interview: Durch Praxis wird man lebensklug

### **Seite 8**

Delegiertenversammlung in Burgdorf

### **Seite 10**

Programm der Delegiertenversammlung 2012

### **Seite 11**

Equal Pay Day

### **Seite 14**

Pensionskassenumfrage Teil 3: Beiträge

### **Seite 17**

Baselstädtischer Angestelltenverband

### **Seite 18**

Personalverband der Stadt Bern

### **Seite 22**

Personalverband Kanton Schwyz

### **Seite 23**

kv zürich, wir vom service public zh

### **Seite 24**

Lösung Sudoku-Wettbewerb



Die Angeklagten hatten vor dem Bezirksgericht betont, sie hätten sich aufgrund der Haltung der Departementsvorsteherin keine Hoffnungen machen dürfen, dass sich bei ihrer Vorsprache etwas ändern würde. Zeugen und Auskunftspersonen hatten diesen Umstand bestätigt, indem sie ausführten, dass es als Verrat gewertet wurde, wenn ein Anliegen an übergeordneter Stelle vorgetragen wurde, dass Kritik unerwünscht war und Repressalien nach solchen Äusserungen befürchtet werden mussten. Gemäss Urteil des Bezirksgerichts war nachvollziehbar, dass aufgrund personeller Verflechtungen der Gang zur GPK keine Alternative war. Aus subjektiver Sicht war nach Auffassung des Bezirksgerichts rechtsgenügend dargelegt, dass das gewählte Vorgehen für die Betroffenen der einzige gangbare Weg war. Es ging ihnen nicht um finanzielle Interessen oder egoistische Beweggründe, sondern um die Aufdeckung von Missständen; im Sinne eines letzten Mittels sahen sie hierfür nur noch den Gang an die Öffentlichkeit und nahmen die Verletzung des Amtsgeheimnisses in Kauf.

Das Bezirksgericht beurteilte das Verhalten der beiden Angeklagten deshalb als tatbestandsmässig, aber nicht rechtswidrig, weshalb die Angeklagten freigesprochen wurden.

Anders sah es das Obergericht, welches seinerzeit den Freispruch aufhob und nun vom Bundesgericht bestätigt wurde.

### Vom Bundesgericht schuldig gesprochen

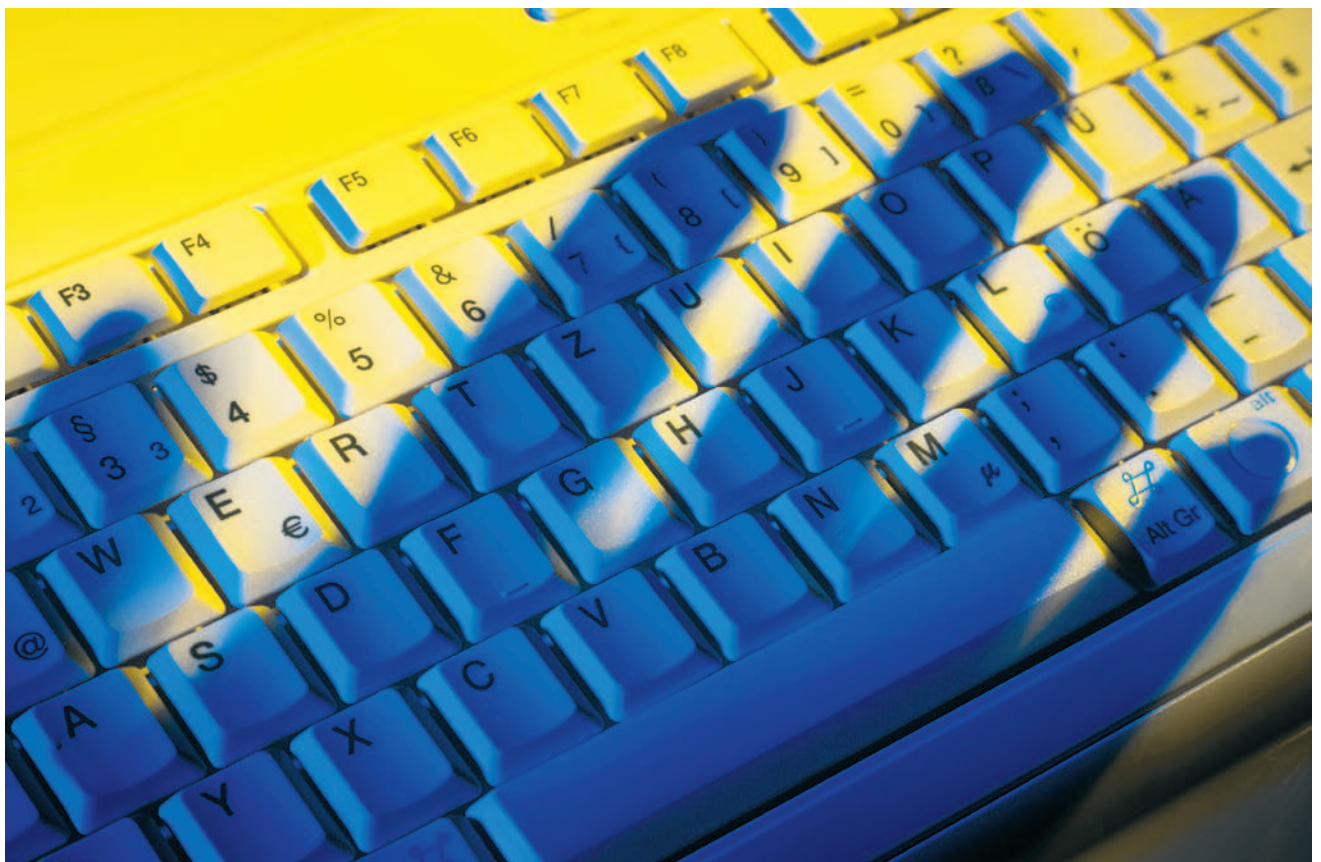
Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt nach der Rechtsprechung unter anderem voraus, dass die

Straftat zur Erreichung des Ziels notwendig und angemessen ist und den einzig möglichen Weg darstellt (BGE 134 IV 216 E. 6.1 mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen müssen auch erfüllt sein, wenn es dem Täter nicht um die Wahrung von eigenen privaten, sondern um die Wahrnehmung öffentlicher Interessen geht. Ob die zu schützenden Interessen privater oder öffentlicher Art sind, betrifft die Abwägung respektive Gewichtung der auf dem Spiel stehenden Interessen. Dass ein Vorgehen der inkriminierten Art – neben zahlreichen anderen Verhaltensweisen, die in keinem Zusammenhang mit Amtsgeheimnissen stehen – neuerdings als «Whistleblowing» bezeichnet wird, ändert an ihrer strafrechtlichen Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen nichts.

Ob bei sogenannten opferlosen Straftaten, so das Bundesgericht, und bei Delikten mit Doppeltäterschaftscharakter die Strafverfolgungsbehörden in besonderem Masse auf Informationen von «Whistleblowern» angewiesen sind, kann dahingestellt bleiben, da die Angeklagten nicht Strafanzeige erstatteten, sondern einem Journalisten Dokumente zum Zwecke der publizistischen Verwertung übergaben. Gestützt auf die Rechtsprechung setzt der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund für eine Amtsgeheimnisverletzung voraus, dass die Tat ein zur Erreichung des Ziels notwendiges und angemessenes Mittel ist, den einzigen möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter wahren will.

Das Bundesgericht bestätigte die Ansicht des Obergerichts, dass der gewählte Weg der beiden ehemaligen Mitarbeiterinnen des Sozialamtes nicht die einzige noch verbleibende Möglichkeit war. Es hätte mehrere Stellen ausserhalb der Hierarchie des Sozialdepartementes gegeben, die sie vor einem Gang an die Öffentlichkeit hätten ansprechen können. Als geeignet betrachtet wurden der Rechtsdienst, die Ombudsstelle oder die Geschäftsprüfungskommission. Das Bundesgericht hält fest, dass von den betroffenen Mitarbeitenden zwar nicht erwartet werden konnte, dass sie alle Ämter und Behörden aufsuchten, sie *kontaktierten jedoch keine einzige externe Behörde*. Gerade dies wäre naheliegend gewesen, da die beiden Betroffenen – gemäss der Vorinstanz aus naheliegenden Gründen – davon absahen, die Departementsvorsteherin zu informieren und den departementsinternen Weg zu bestreiten.

So hält das Bundesgericht in seinem Urteil fest: Dies war auch für die Angeklagten erkennbar, zumal sie gemäss ihren Aussagen in der Vergangenheit in einem konkreten Einzelfall mit Erfolg beim Rechtsdienst interveniert hatten. Eine geeignete Ansprechpartnerin war zudem die Ombudsstelle, zu deren Aufgaben es gemäss den Feststellungen der Vorinstanz auch gehört, den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Stadtverwaltung für deren Anliegen zur Verfügung zu stehen. Als Anlaufstelle kam beispielsweise auch die Geschäftsprüfungskommission in Betracht. Dass und weshalb es den Angeklagten objektiv nicht möglich oder subjektiv nicht zumutbar gewesen sei, vor dem Gang in die Öffentlichkeit durch Übergabe von Dokumenten



an einen Zeitungsjournalisten die eine oder andere genannte Stelle anzusprechen, wird in der Beschwerde nicht substantiiert dargelegt und ist nicht ersichtlich. Wohl konnte von den beiden Mitarbeiterinnen des Sozialamtes nicht erwartet werden, dass sie alle Ämter und Behörden kontaktierten, die als Ansprechpartner irgendwie in Betracht kommen könnten. Sie sprachen indessen überhaupt keine departementsexterne Stelle an. Inwiefern eine Kontaktaufnahme mit einer solchen Stelle für ihre berufliche Zukunft riskanter gewesen wäre als die inkriminierte Übergabe von Dokumenten an einen Journalisten, ist nicht ersichtlich. Eine Kontaktaufnahme mit einer departementsexternen Stelle hätte gerade auch deshalb nahegelegen, weil die Angeklagten nach der Auffassung der Vorinstanz aus nachvollziehbaren Gründen davon absahen, die Departementsvorsteherin anzusprechen und den departementsinternen Weg auszuschöpfen. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (siehe BGE 94 IV 68; 115 IV 75 E. 4) lässt sich im Übrigen nicht ableiten, dass der Beamte vor dem Gang in die Öffentlichkeit lediglich den internen Amtsweg auszuschöpfen hat und nicht auch allenfalls vorhandene externe Stellen ansprechen muss, um sein Anliegen vorzutragen.

Im vorliegenden Fall waren bereits vor der Übergabe von Akten an die Öffentlichkeit Massnahmen zur Bekämpfung von Sozialhilfemissbrauch eingeleitet worden. Der Stadtrat erliess eine entsprechende Weisung, welche im Herbst 2006 departementsintern kommuniziert wurde. Auch wenn die Weisungen erst auf Juli 2007 in Kraft traten, hatten die beiden Mitarbeiterinnen im Tatzeitpunkt von diesen bereits beschlossenen und kommunizierten Massnahmen Kenntnis; somit war der Schritt an die Öffentlichkeit objektiv weder notwendig noch angemessen.

Sollten die Massnahmen von den beiden Mitarbeiterinnen als ungenügend oder nicht zielführend erachtet werden, hätte es nahegelegen, zu den für die Massnahmen Verantwortlichen Kontakt aufzunehmen, um über ihre Erfahrungen und Wahrnehmungen zu sprechen.

### Zum Amtsgeheimnis

Im Zusammenhang mit den Diskussionen über die Weitergabe von internen Akten und Dokumenten darf nicht vergessen werden, dass das Amtsgeheimnis auch innerhalb einer Verwaltung selbst gilt. Die Weitergabe von Informationen aus einem Departement in ein anderes stellt bereits eine Amtsgeheimnisverletzung dar. Das Bundesgericht hat im vorliegenden Fall die Frage, ob eine Weitergabe der Akten an eine externe Behörde nicht auch den Tatbestand der Verletzung des Amtsgeheimnisses erfüllt hätte, nicht abschliessend beantwortet, da sie kein Bestandteil der Beschwerde war. Es hat jedoch festgehalten, dass die Übergabe von Dokumenten an einen Journalisten zur Verwertung in Zeitungsartikeln schwerer wiegt als die Weitergabe an staatliche Ämter und Behörden wie die Ombudsstelle oder die Geschäftsprüfungskommission. Auch wenn letzteres Vorgehen eine Amtsgeheimnisverletzung darstellen würde, so wäre dieses Verhalten verhältnismässiger, also angemessener gewesen, zumal die Mitglieder der Ombudsstelle oder Geschäftsprüfungskommission ebenfalls dem Amtsgeheimnis unterworfen sind.

### Bemerkungen

Der Entscheid des Bundesgerichtes ist so einfach wie richtig: der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt voraus, dass die Straftat zur Erreichung des Ziels notwendig und angemessen ist

und *den einzig möglichen Weg darstellt*. Gestützt auf den der Beurteilung zu Grunde liegenden Sachverhalt war der von den Angeklagten gewählte Weg nicht der einzig mögliche. Damit entfällt der Rechtfertigungsgrund und die Angeklagten waren schuldig zu sprechen. Ob Whistleblowing nun eine Tugend ist, welche durch die Rechtsordnung weitergehend geschützt werden muss oder nicht, kann gestützt auf die klare Rechtslage, wie sie heute herrscht, dahingestellt bleiben.

Welche Lehren zieht der engagierte Dienstnehmer oder die engagierte Dienstnehmerin aus diesem Entscheid des Bundesgerichts? Die Erkenntnis ist, dass Missstände in der Verwaltung zwar bekämpft werden müssen (dies sieht in der Regel bereits die jeweilige Personalgesetzgebung vor), dass der Kampf aber auf dem Dienstweg auszutragen ist. Der Dienstweg ergibt sich in der Regel aus der hierarchischen Gestaltung der öffentlichen Verwaltung. Verursacht der oder die Vorgesetzte den Missstand, ist der nächsthöhere oder die nächsthöhere Vorgesetzte über die Problemlage zu orientieren. Erscheint auch dies als wenig erfolgsgeneigt, hat sich der Whistleblower nach einer anderen geeigneten Behörde oder Institution innerhalb der öffentlichen Verwaltung umzusehen. Die Presse als Gehilfin beizuziehen, ist im Gesamtzusammenhang gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung damit immer eine schlechte Idee. Nur seltene Ausnahmefälle dürften den Schritt an die Öffentlichkeit über die Presse objektiv als notwendig und angemessen erscheinen lassen.

*Dr. Michael Merker*

## IMPRESSUM

### HERAUSGEBER

Zentralverband Öffentliches Personal Schweiz (ZV)  
Postscheckkonto Aarau 50-7075-3  
Präsident: Urs Stauffer  
Pianostrasse 32, 2503 Biel  
Tel. G 032 326 23 25,  
Fax G 032 326 13 94  
E-Mail: urs.stauffer@fin.be.ch

### VERBANDSSEKRETARIAT

Dr. Michael Merker  
Oberstadtstrasse 7, 5400 Baden  
Tel. 056 200 07 99, Fax 056 200 07 00  
E-Mail: zentral@zentral.ch

### REDAKTION / LAYOUT

Sandra Wittich und Michael Merker  
Oberstadtstrasse 7, 5400 Baden  
Tel. 056 200 07 99, Fax 056 200 07 00  
E-Mail: zentral@zentral.ch  
www.oeffentlichespersonal.ch

### ANZEIGENVERKAUF

St. Galler Tagblatt AG, ZVinfo  
Daniel Noger  
Fürstenlandstrasse 122  
9001 St. Gallen  
Tel. G: 071 272 73 51  
Fax G: 071 272 75 29  
E-Mail: d.noger@tagblattmedien.ch

### ABOSERVICE

St. Galler Tagblatt AG, ZVinfo  
Fürstenlandstrasse 122  
9001 St. Gallen  
Tel. G: 071 272 71 83  
E-Mail: zvinfo@tagblattmedien.ch

### DRUCK UND VERSAND

St. Galler Tagblatt AG  
Fürstenlandstrasse 122  
9001 St. Gallen

### AUFLAGE

25 411 Exemplare  
(WEMF-beglaubigt 2009 / 2010)

### REDAKTIONSSCHLUSS

Nummer	Red. Schluss	Erscheint
04 • 12	19.03.12	04.04.12
05 • 12	23.04.12	09.05.12
06 • 12	29.05.12	13.06.12
08 • 12	30.07.12	15.08.12
09 • 12	27.08.12	12.09.12
10 • 12	24.09.12	10.10.12
11 • 12	22.10.12	07.11.12
12 • 12	26.11.12	12.12.12