

2. Teil: Strafrechtliche Würdigung von Whistleblowing *de lege lata*

I. Die wichtigsten Straftatbestände

Im vorliegenden Kapitel wird eine Übersicht⁵²³ über bestehende strafrechtliche Normen gegeben werden, die durch Whistleblowing verletzt werden können. Diese soll dazu dienen, Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den einzelnen Geheimnisverratstatbeständen zu extrapolieren und so die Voraussetzungen für die spätere Erarbeitung möglicher Ansätze der Rechtfertigung zu schaffen.⁵²⁴ 305

A. Vorbemerkungen zum Geheimnisbegriff

In Zusammenhang mit der Betrachtung der Geheimnisverratstatbestände stellt sich die Frage, was ein Geheimnis als Tatbestandsmerkmal ausmacht und welche Formen von Geheimnissen durch den jeweiligen Tatbestand geschützt werden. Das StGB enthält hierzu keine Legaldefinition, weshalb sich die maßgebliche Definition aus Lehre und Rechtsprechung ergeben muss.⁵²⁵ Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Ausführungen werden die Erläuterungen zum Tatbestandsmerkmal des Geheimnisses hier vorangestellt. 306

Im Wesentlichen unterscheidet man in Lehre und Rechtsprechung zwischen zwei unterschiedlichen Geheimnisbegriffen: dem *formellen* und dem *materiellen*. 307

523 Diese folgt der Gesetzeszyssmatik und behandelt erst die Normen des Kernstrafrechts, bevor ausgewählte Normen des Nebenstrafrechts beleuchtet werden.

524 Vgl. 463 ff.

525 Vgl. auch NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 8.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

1. Formeller Geheimnisbegriff

- 308 Der *formelle Geheimnisbegriff* setzt voraus, dass ein Geheimnis zu einem solchem erklärt worden (und gegebenenfalls als solches gekennzeichnet)⁵²⁶ ist. Diese Erklärung kann sich mit Blick auf den Wortlaut von StGB 293 aus dem Gesetz oder aus einem behördlichen Beschluss ergeben.⁵²⁷ Es ist folglich für die Geheimerklärung kein Gesetz im formellen Sinne nötig. Eine auf Grundlage behördlicher Kompetenzen erlassene *Verordnung* oder ein *Geheimhaltungsbeschluss* reichen aus, um vom Schutzbereich von StGB 293 erfasst zu werden.⁵²⁸ Schließlich muss die Geheimhaltungserklärung keine *ausdrückliche* sein, um eine Geheimhaltungspflicht zu begründen.⁵²⁹

2. Materieller Geheimnisbegriff

- 309 Der *materielle Geheimnisbegriff* konstituiert sich nicht aus den beinhalteten Tatsachen selbst, sondern aus dem *Wissen um sie*.⁵³⁰ Er setzt drei Bedingungen voraus: 1. *relative Unbekanntheit*⁵³¹ der Tatsachen, die das Geheimnis ausmachen, 2. ein *berechtigtes Geheimhaltungsinteresse*⁵³² sowie 3. ein *Geheimhaltungswille*⁵³³ der Geheimnischerrin oder des Geheimnisherrn.⁵³⁴
- 310 Von relativer Unbekanntheit ist auszugehen, wenn die Tatsachen weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind. Offenkundig sind Tatsachen, die frei zur Kenntnis genommen werden können. Allgemeine Zugänglich-

526 Also mit der entsprechenden sogenannten *Klassifizierung* i. S. v. IschV 4 ff. versehen ist.

527 Diesbezüglich sei darauf hingewiesen, dass gemäß Bundesgericht – wenigstens was den Anwendungsbereich von StGB 293 anbelangt – irrelevant ist, ob Inhalte tatsächlich als «geheim» oder stattdessen beispielsweise als «vertraulich» oder «intern» klassifiziert würden. Wesentlich sei lediglich, dass klar wird, dass die Inhalte nicht mit Dritten geteilt werden dürfen; vgl. hierzu BGE 126 IV 236 E. 2a m. w. H.; 108 IV 185 E. 1a; FOLKA, BSK StGB II 293 N 20 und 23 sowie TRECHSEL/VEST, PK StGB 293 N 4; jeweils m. w. H.

528 Vgl. zum Ganzen FOLKA, BSK StGB II 293 N 17; TRECHSEL/VEST, PK StGB 293 N 5; jeweils m. w. H.

529 Vgl. Fn. 527.

530 NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 11 m. w. H.

531 Objektives Kriterium; vgl. 310.

532 Objektives Kriterium; vgl. 311.

533 Subjektives Kriterium; vgl. 312.

534 NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 10; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK StGB 162 N 2; jeweils m. w. H.

keit wird attestiert, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass Dritte auf redliche Art und Weise von den Tatsachen erfahren, sprich: keine wesentlichen Hindernisse überwunden werden müssen, um die Tatsachen in Erfahrung zu bringen. Wie die Bezeichnung der *relativen* Unbekanntheit weiter suggeriert, ist keine *absolute* Unzugänglichkeit gefordert.⁵³⁵ Der:die Geheimnisherr:in muss lediglich (aber immerhin) eine gewisse Kontrolle über das Geheimnis ausüben können, sprich in der Lage sein, Dritte vom Geheimnis auszuschließen.⁵³⁶

Das (berechtigte) Interesse an der Geheimhaltung stehe in einem direkten Kontext zum Geheimhaltungswillen, und zwar auf die Weise, dass das Geheimhaltungsinteresse den diesbezüglichen Willen als wertvoll und somit schützenswert erscheinen lasse.⁵³⁷ Betreffend die zu schützenden Tatsachen ist nicht vorausgesetzt, dass diese einen Handelswert besitzen. Es reicht vielmehr aus, wenn das Geheimnis in irgendeiner Weise für den Wettbewerb von Bedeutung ist. Einschränkend ist hierzu anzumerken, dass ein *berechtigtes* Interesse nicht besteht oder bestehen kann, wo ein solches darauf abzielt, widerrechtliche Tätigkeiten vor deren Bekanntmachung zu schützen. Im Übrigen ist das Vorliegen eines berechtigten Interesses auf Grundlage der Art und des Inhalts des Geheimnisses im Einzelfall zu prüfen.⁵³⁸

In *puncto* des Geheimhaltungswillens ist abschließend zu vermerken, dass in der Lehre strittig ist, ob ein solcher *expressis verbis* zu vermitteln sei oder ob eine konkludente Anzeige ausreiche. Einige Autorinnen und Autoren vertreten die Ansicht, dass es ausreiche, wenn der Wille äußerlich wahrnehmbar sei. NIGGLI/HAGENSTEIN plädieren mit Verweis auf ihre Vorgänger, angesichts des Legalitätsprinzips sei wenigstens zu fordern, dass der Geheimhaltungswille in einem Maß an Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht werde, das den Empfängerinnen und Empfängern erlaube, ihre Rolle und die strafrechtlichen Konsequenzen einer Nichteinhaltung abschätzen zu können.⁵³⁹ Das Bundesgericht lässt seinerseits stille Willensäußerungen (beispielsweise in Form einer schriftlichen Vertragsklausel) genügen.⁵⁴⁰

535 Vgl. zum Ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 14 m. w. H.

536 NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 13 m. w. H.

537 BGE 142 II 268 E. 5.2.2.1.

538 Vgl. zum Ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 15 m. w. H.

539 Vgl. zum Ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 16 m. w. H.

540 BGE 103 IV 283 E. 2b.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

- 313 Nachfolgend werden die wesentlichen Tatbestände des Kern- und Nebenstrafrechts vorgestellt und ihre Tatbestandselemente kurz beleuchtet. Im Anschluss an die Ausführungen zur jeweiligen Strafnorm soll – im Lichte der entwickelten Definition für Whistleblowing – jeweils aufgezeigt werden, inwiefern Whistleblower:innen Gefahr laufen, diese zu verletzen.

B. Kernstrafrecht

1. Geheimnisverratstatbestände

a. Art. 162 StGB

- 314 StGB 162 I stellt den vorsätzlichen⁵⁴¹ Verrat von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen unter Strafe; vorausgesetzt der:die Verräte:in unterliegt einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung, diese zu bewahren. Es handelt sich gemäß StGB 162 III i. V. m. 10 III um ein Vergehen, das auf Antrag (StGB 30 ff.) verfolgt wird. Systematisch ist die Norm in die *strafbaren Handlungen gegen das Vermögen* eingegliedert.

aa. Schutzobjekt

- 315 Über das Rechtsgut besteht keine Einigkeit.⁵⁴² Das Vermögen wird durch die Norm nicht direkt, sondern indirekt über die Immaterialgüter eines Unternehmens geschützt. Diese zu erlangen, war mit finanziellen Aufwänden verschiedenster Art verbunden und die Immaterialgüter verschaffen dem Unternehmen ferner einen wirtschaftlichen Vorteil. Aus derselben Überlegung ist das Geheimnis als solches durch StGB 162 lediglich indirekt geschützt.⁵⁴³ Ferner genießen sie lediglich einen Schutz vor dem Verrat durch Eingeweihte.⁵⁴⁴ Während die eine Lehrmeinung davon ausgeht, StGB 162 schütze die *wirtschaftliche Geheimsphäre* im Sinne eines abstrakten Rechtsguts, gehen andere Lehrmeinungen davon aus, es werde das Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis als konkretes Rechtsgut geschützt.

541 Vgl. hierzu NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 32 f. m. w. H.

542 NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 3; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK StGB 162 N 1; jeweils m. w. H.

543 NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 4 m. w. H.

544 STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 22 N 1.

NIGGLI/HAGENSTEIN erblicken das geschützte Rechtsgut – vermutlich in Anlehnung an letztere Meinung – in der *rechtmäßigen und zulässigen Kommunikation über Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse*.⁵⁴⁵

bb. Geheimnisschutz

Eine in Hinsicht auf die Tatbestandsmäßigkeit von StGB 162 I zentrale 316 Frage ist, ob es sich bei der preisgegebenen Information um ein geschütztes *Geheimnis* handelt. Bei der Bewertung dieser Frage ist von einem *materiellen Geheimnisbegriff*⁵⁴⁶ auszugehen.

Da StGB 162, wie gezeigt, nicht jedes Geheimnis, sondern allein Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse vor deren Bekanntmachung schützt, ist der oben definierte Geheimnisbegriff nachfolgend einzuschränken. Um von StGB 162 erfasst zu sein, muss es sich generell um ein Geheimnis handeln, das einen Einfluss auf das Betriebsergebnis haben kann.⁵⁴⁷ Während sich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse zwar nicht deutlich voneinander unterscheiden lassen,⁵⁴⁸ hat sich in Lehre und Rechtsprechung die inhaltliche Abgrenzung durchgesetzt, nach der in Bezug auf technische Belange von Fabrikations- und in Bezug auf den Vertrieb und die Vermögenslage des Unternehmens von Geschäftsgeheimnissen gesprochen wird.⁵⁴⁹

cc. Täter:innen-Eigenschaften

Wie sich aus dem Wortlaut – spätestens aber eingedenk der angesprochenen Einschränkung nach STRATENWERTH/JENNY/BOMMER – ergibt, handelt es sich bei der Variante des Geheimnisverrats nach StGB 162 I, die für die Überlegungen in dieser Arbeit interessant ist, um ein *echtes Sonderde-* 318

545 Vgl. zum Ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 3 m. w. H.

546 Vgl. 309 ff.

547 NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 9; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK StGB 162 N 6; jeweils m. w. H.

548 Wobei eine Unterscheidung auch nicht zwingend notwendig ist, da die Straffolgen im Verletzungsfall für beide Fälle identisch sind.

549 NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 17 ff.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK StGB 162 N 4 f.; jeweils m. w. H.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

likt.⁵⁵⁰ Täter:in kann nur sein, wem aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmung eine sogenannte *Geheimhaltungspflicht* zukommt.⁵⁵¹ Eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht lässt sich beispielsweise aus verschiedenen Normen des Obligationenrechts ableiten. Weitläufig bekannt dürfte die bei dieser Arbeit angesprochene Bestimmung in OR 321a IV sein, die Arbeitnehmer – wenigstens für die Dauer des Arbeitsverhältnisses, oft auch darüber hinaus – verpflichtet, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren. Weitere Bestimmungen finden sich beispielsweise in OR 418d I oder in 730b II (Geheimhaltungspflicht des Agenten beziehungsweise der Revisionsstelle).⁵⁵² Eine vertragliche Geheimhaltungspflicht kann angesichts der Privatautonomie hingegen infolge einer besonderen Vereinbarung aus allerlei Vertragsverhältnissen entstehen. Interessant ist hierbei, dass sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁵⁵³ eine solche vertragliche Vereinbarung bereits aus der *sinngemäßem Auslegung* des Vertrages ergeben könne – eine *explizite* Vereinbarung mithin nicht notwendig sei. Mit Verweis auf das Legalitätsprinzip ist jene Praxis jedoch einiger Kritik vonseiten der Lehre ausgesetzt.⁵⁵⁴

dd. Tathandlung

- 319 Der geforderte *Verrat* konstituiert sich durch ein aktives Tun, das (Fabrikations- oder Geschäfts-) Geheimnisse gegenüber Personen offenbart, die von der Kenntnis ausgeschlossen bleiben sollen. Die konkrete Form des Verrats ist dabei unerheblich. Schon die teilweise Offenbarung ist von StGB 162 I erfasst, sofern diese nicht derart unwesentlich ist, dass die Interessen der Geheimnischerrin oder des Geheimnisherrn nicht (ernstlich) gefährdet werden.⁵⁵⁵

550 Vgl. hierzu auch NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 6; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK StGB 162 N 7; jeweils m. w. H.

551 Der in StGB 162 statuierte Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen ist ferner in verschiedenen Spezialgesetzen geregelt, so beispielsweise in PatG 68, DesG 48b, URG 77b oder MSchG 72b).

552 Vgl. zum ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 21 m. w. H.

553 BGE 80 IV 22 E. 2b; 64 II 162 E. 8.

554 Vgl. zum Ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 22 ff. m. w. H.

555 Vgl. zum Ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 25 f.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK StGB 162 N 8; jeweils m. w. H.

ee. Erfolg

Von der Vollendung des Delikts ist gemäß herrschender Lehre und Rechtsprechung auszugehen, wenn ein Geheimnis *zur Kenntnis genommen* wird.⁵⁵⁶ Für die Strafbarkeit ist es dabei unerheblich, ob das offenbarte Geheimnis in der Folge genutzt wird oder nicht.⁵⁵⁷ Mit Blick auf die Strafbarkeit der Empfänger:innen kann dies aber entscheidend sein.⁵⁵⁷

ff. Zur Bedeutung für Whistleblowing

In Anbetracht obiger Ausführungen und vor dem Hintergrund der entwickelten Definition für Whistleblowing kann Folgendes konstatiert werden:⁵⁵⁸

Ein *Offenbaren* des Geheimnisses setzt voraus, dass Dritte, die von der Kenntnisnahme ausgeschlossen bleiben sollten, davon Kenntnis nehmen. Die Offenbarung muss *aktiv* geschehen. Das bedeutet, dass ein internes Whistleblowing den objektiven Tatbestand erfüllen könnte. Etwa dann, wenn Empfänger:innen der Meldung zwar für dasselbe Unternehmen arbeiten, jedoch beispielsweise nicht dasselbe Mandat betreuen oder nicht in ähnlicher Funktion tätig sind. Externe Meldungen dürften regelmäßig den Tatbestand von StGB 162 erfüllen.

In Bezug auf die Meldeinhalte bedarf es weiter eines Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses, das gleichzeitig eine illegale oder illegitime Praxis offenbart. Zusätzlich müsste das so geartete Geheimnis relevant für das Geschäftsergebnis sein. Das bedeutet einerseits, dass, wenn dem offenbarten Geheimnis die Qualität einer illegalen oder illegitimen Tatsache abgeht, ein Verrat derselben zwar eine Verletzung von StGB 162, aber kein Whistleblowing darstellen kann. Umgekehrt bedeutet es, dass nicht jedes interne Whistleblowing automatisch den Tatbestand von StGB 162 erfüllt. Dies insofern, als die Anlaufstelle ebenfalls in das Geheimnis eingeweiht worden oder dass die illegale oder illegitime Tatsache nicht geschäftsrelevant ist.

⁵⁵⁶ Vgl. zum Ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 36 m. w. H.

⁵⁵⁷ Die bloße Kenntnisnahme ist als sogenannte *notwendige Teilnahme* zu werten, die Voraussetzung für die Strafbarkeit der Hauptäterin oder des Haupttäters ist, für den «Teilnehmer» hingegen folgenlos bleibt. Das Ausnutzen ist dagegen nach StGB 162 II strafbar. Auch die Teilnahme am Delikt ist nicht ausgeschlossen. Vgl. hierzu auch NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 41 m. w. H.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

Wobei betreffend die letztgenannte Konstellation diskutabel scheint, ob nicht jede solche Tatsache das Geschäftsergebnis zu beeinflussen droht.

- 324 Als Beispiel für Whistleblowing in Zusammenhang mit StGB 162 I kann folgender Kurzsachverhalt dienen: W arbeitet in der Forschungsabteilung einer Gesichtscrème-Produzentin und weiß, dass ihrer Firma längst aus internen Studien bekannt ist, dass einer der verwendeten Inhaltsstoffe eine stark karzinogene Wirkung entfaltet. Trotzdem verwendet die Firma den Inhaltsstoff weiter, da ein alternativer Inhaltsstoff wesentlich teurer wäre. W erzählt ihrem Ehemann davon.

b. Art. 267 StGB

- 325 StGB 267 stellt den *diplomatischen Landesverrat*⁵⁵⁸ unter Strafe. Bei der vorsätzlichen Bekannt- oder Zugänglichmachung von Staatsgeheimnissen gegenüber *fremden Staaten oder deren Agenten* (StGB 267 1 I)⁵⁵⁹ sowie gegenüber der Öffentlichkeit (StGB 267 2)⁵⁶⁰ handelt es sich um Verbrechen gemäß StGB 10 II, bei der fahrlässigen Tatbegehung (StGB 267 3) um ein Vergehen nach StGB 10 III. Das Delikt ist systematisch in die *Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und die Landesverteidigung* eingeordnet.

aa. Schutzobjekt/Geheimnisschutz

- 326 StGB 276 schützt die Interessen von Staat und Kantonen im Außenverhältnis mithilfe dreier Varianten: (1.) vor dem – für unsere Überlegungen relevanten – *Geheimnisverrat* (StGB 267 1 I und 2), (2.) vor dem *Urkunden- und Beweismittelverrat* (StGB 267 1 II) sowie (3.) vor dem Diplomatinnen- und Diplomaten-Delikt der «*landesverräterischen Untreue*» (StGB 267 1 III).⁵⁶¹

558 Die Marginalie geht auf die frühere Unterscheidung zwischen militärischen und «diplomatischen» Geheimnissen zurück; vgl. STRATENWERTH/BOMMER, § 45 N 26.

559 Das militärstrafrechtliche Pendant findet sich in MStG 86 1 II.

560 Das militärstrafrechtliche Pendant findet sich in MStG 106 I.

561 Vgl. zum Ganzen TRECHSEL/VEST, PK StGB 267 N 2 m. w. H.

Geschützt sind *Staatsgeheimnisse*, wobei damit Geheimnisse von nationaler Bedeutung gemeint sind.⁵⁶² Hinsichtlich solcher ist grundsätzlich vom *materiellen Geheimnisbegriff*⁵⁶³ auszugehen. Eine Ausnahme bildet die Variante des *Urkunden- oder Beweismittelverrats* nach StGB 267 I II; der Gesetzeswortlaut erfasst explizit auch die Gefährdung kantonaler Interessen als Tatvariante.

327

bb. Täter:innen-Eigenschaften

Anders, als das die Marginalie vermuten ließe, handelt es sich – wenigstens bei den Tatvarianten von StGB 267 I I und 2 (sowie deren Fahrlässigkeitsvarianten nach StGB 267 3) – nicht um Delikte, die ausschließlich von Personen im diplomatischen Dienst der Eidgenossenschaft begangen werden können.⁵⁶⁴ Die angesprochenen Varianten sind vielmehr als *Gemeindelikte* ausgestaltet (wenngleich es normalerweise eines gewissen Sonderstatus bedürfte, um überhaupt von derartigen Geheimnissen zu erfahren)⁵⁶⁵.⁵⁶⁶

328

cc. Tathandlung

Anders als bei StGB 162 ist der Geheimnisverrat in StGB 267 als *abstraktes Gefährdungsdelikt*, mithin als *Tätigkeitsdelikt*, ausgestaltet. Eine Kenntnisnahme (oder gar eine Nutzung der Informationen zum Nachteil der Eidgenossenschaft)⁵⁶⁷ ist dagegen nicht nötig. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Norm, da das bloße Bekannt- oder Zugänglichmachen unter Strafe gestellt ist. Letzteres inkludiert das Treffen von Vorkehrungen aller Art, die den Zugang zum Geheimnis ermöglichen sollen.⁵⁶⁸

329

562 Vgl. zum Ganzen ISENRING/FLACHSMANN, BSK StGB II 267 N 7; TRECHSEL/VEST, PK StGB 267 N 3; jeweils m. w. H.

563 Es kann an dieser Stelle also auf obige Ausführungen hierzu verwiesen werden. Vgl. 309 ff.

564 Allein bei der Variante nach StGB 267 I III handelt es sich um ein Sonderdelikt.

565 Den Sonderfall, in dem der Täter die Informationen erst auf kriminellem Wege (beispielsweise durch Spionage i. S. v. StGB 266 oder 272 ff.) beschafft, einmal vorbehalten.

566 Vgl. zum Ganzen ISENRING/FLACHSMANN, BSK StGB II 267 N 6 m. w. H.

567 Ein solcher könnte gegebenenfalls bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

568 Vgl. zum Ganzen ISENRING/FLACHSMANN, BSK StGB II 267 N 3 und 10 m. w. H.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

dd. Zur Bedeutung für Whistleblowing

- 330 Zum mindest theoretisch kommen alle Personen als Täter infrage. Das wiederum bedeutet, dass Whistleblowing durch Personen, die in keinem besonderen Verhältnis zum Staat stehen, tatbestandsmäßig i. S. v. StGB 267 sein könnte. Empfänger:innen der Meldung müssten in der Grundvariante nach Ziff. 1 fremde Staaten oder ihre Bediensteten sein. Weiter wäre vorausgesetzt, dass die Personen (auf legalem oder illegalem Wege) Kenntnis über Staatsgeheimnisse erlangt hätten, was in der Praxis den möglichen Täterkreis stark eingrenzen wird. Ferner müsste es sich bei besagten Staatsgeheimnissen um illegale oder illegitime Tatsachen handeln, deren Wahrung zum Wohle der Eidgenossenschaft geboten wären. Ob die Eidgenossenschaft entsprechende Staatsgeheimnisse hat, muss offenbleiben. Zumal solche hier aufzuführen strafrechtlich relevantes Whistleblowing darstellte.
- 331 In der Praxis dürfte ein Geheimnisverrat am ehesten durch Medienschaffende (und ohne Motiv zum Landesverrat; vgl. StGB 267 Ziff. 2) und/oder fahrlässig (vgl. Ziff. 3) erfolgen.
- 332 Viele realitätsnahe Beispiele lassen sich hierzu nicht konstruieren. In Zusammenhang mit der Geiselnahme der Schweizer Max Göldi und Rachid Hamdani, angeordnet durch den lybischen Ex-Diktator Muammar al-Gaddafi angelegentlich der «Libyen-Affäre», machte das Gerücht die Runde, die damalige Verteidigungsministerin prüfe unter anderem den Einsatz des Sonderkommandos (ADA 10) oder die Anheuerung einer *privaten Sicherheitsfirma* zur gewaltsamen Befreiung der Geiseln.⁵⁶⁹ Hätte sich der Bund für die Durchführung einer solchen Aktion entschieden, dürfte die Offenbarung dieser Tatsache (beispielsweise durch einen Zeitungsartikel) den Tatbestand von StGB 267 2 erfüllen. Falls eine solche Aktion für die neutrale Schweiz illegal oder illegitim gewesen wäre,⁵⁷⁰ hätte die Veröffentlichung als Whistleblowing im Sinne der hier erarbeiteten Definition verstanden werden können.

569 Vgl. statt vieler NZZO am 19. Juni 2010, «Wie der Bund die Geiseln befreien wollte», <<https://www.tagesanzeiger.ch/wie-der-bund-die-geiseln-befreien-wollte-765690724830>> (20. Oktober 2022).

570 Die bloße Prüfung der bestehenden Möglichkeit (inklusive der Möglichkeiten, die auf ihre Legalität und Legitimität erst noch geprüft werden müssten) ist allerding nicht illegal und wenigstens nicht offensichtlich illegitim.

c. Art. 293 StGB

StGB 293 I stellt die vorsätzliche⁵⁷¹ (Erst-) Veröffentlichung von Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen einer Behörde, die als geheim erklärt worden sind, unter Strafe. Die Geheimerklärung kann sich dabei entweder aus dem Gesetz oder infolge eines behördlichen Beschlusses ergeben. Es handelt sich bei StGB 293 I um eine Übertretung gemäß StGB 103, das mit Buße bis zu CHF 10'000 (StGB 106) bestraft werden kann. StGB 293 II stellt ferner explizit die Gehilfenschaft zur Übertretung unter Strafe (vgl. StGB 104 I). Systematisch ist die Norm in die strafbaren Handlungen gegen die öffentliche Gewalt eingegliedert.

aa. Schutzobjekt

StGB 293 soll gemäß Bundesgericht die «*möglichst freie[...], durch keinerlei unzeitige Beeinflussung von außen behinderte[...] Meinungsbildung*»⁵⁷² von Behörden schützen.⁵⁷³ Dabei ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre von einem weitreichenden Behördenbegriff⁵⁷⁴ auszugehen. So seien alle Bundesorgane, «*die kraft Bundesrecht mit hoheitlicher Zuständigkeit staatliche Funktionen ausüben*»⁵⁷⁵, als «Behörden» zu verstehen. Ähnliches gilt für kantonale Organe.⁵⁷⁶

bb. Geheimnisschutz

Aus dem Umstand, dass die Meinungsbildung geschützt werden soll, ergibt sich ferner, dass oftmals nicht der Schutz von Geheimnissen im materiellen Sinne im Zentrum steht, sondern eher die Gewährleistung einer gewissen *Geheimsphäre* – jedoch nicht derjenigen der einzelnen Behördenmitglieder, weil diese von StGB 179 ff. geschützt wird.⁵⁷⁷ In Abweichung von den

⁵⁷¹ Vgl. hierzu FIOlKA, BSK StGB II 293 N 45 m. w. H.

⁵⁷² BGE 107 IV 185 E. 2a.

⁵⁷³ Vgl. auch BGE 126 IV 236 E. 2a/cc.

⁵⁷⁴ Ähnlich wie er im Bundesstaats- und Verwaltungsrecht gilt.

⁵⁷⁵ BGE 114 IV 34 E. 2a m. w. H.

⁵⁷⁶ Vgl. zum Ganzen FIOlKA, BSK StGB II 293 N 14; TRECHSEL/VEST, PK StGB 293 N 3; jeweils m. w. H.

⁵⁷⁷ Vgl. zum Ganzen FIOlKA, BSK StGB II 293 N 8 m. w. H.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

restlichen Geheimnisverratstatbeständen im Kernstrafrecht liegt StGB 293 statt des materiellen ein *formeller Geheimnisbegriff*⁵⁷⁸ zugrunde. Zum Geheimnis wird alles, was «durch Gesetz oder durch einen gesetzmäßigen Beschluss der Behörde als geheim erklärt worden ist».⁵⁷⁹ Der materielle Geheimnisbegriff⁵⁸⁰ wird erst im Rahmen der in StGB 293 III statuierten Interessenabwägung relevant, da das Informationsinteresse der Öffentlichkeit mutmaßlich einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse (aufseiten der Behörde) gegenüberzustellen ist.⁵⁸¹

cc. Täter:innen-Eigenschaften

- 336 Mit Blick auf den Gesetzeswortlaut ist StGB 293 unproblematisch als *Gemeindelikt* zu klassifizieren. Hinsichtlich der Tätereigenschaften ist indes an dieser Stelle auf einen Aspekt der Kritik an der Norm im Allgemeinen aufmerksam zu machen: So wird unter anderem moniert, dass die Norm die *tatsächlich Indiskreten* (oft Ratsmitglieder) nicht treffe, während dagegen die Journalistinnen und Journalisten (oder etwaige Whistleblower:innen) für Veröffentlichungen bestraft würden.⁵⁸²
- 337 An dieser Stelle sei auf die Sonderstrafnorm aus StGB 322^{bis} hingewiesen. Diese erklärt Verantwortliche (Medienschaffende) i. S. v. StGB 28 II und III für strafbar, die vorsätzlich (Vergehen i. S. v. StGB 10 III) oder fahrlässig (Übertretung i. S. v. StGB 106) eine Veröffentlichung *nicht verhindern*, durch die eine strafbare Handlung (beispielsweise i. S. v. StGB 293) begangen wird.

dd. Tathandlung

- 338 Den Tatbestand erfüllt, wer formelle Geheimnisse *an die Öffentlichkeit bringt*. Hiervon ist erst auszugehen, wenn die geschützten Inhalte einem

578 Vgl. 308.

579 Vgl. zum Ganzen FOLKA, BSK StGB II 293 N 15; TRECHSEL/VEST, PK StGB 293 N 4; jeweils m. w. H.

580 Vgl. 309 ff.

581 So wohl auch FOLKA, BSK StGB II 293 N 16 und 42 f. m. w. H.

582 Siehe hierzu FOLKA, BSK StGB II 293 N 10 sowie 31f.; TRECHSEL/VEST, PK StGB 293 N 1; jeweils m. w. H.

größeren Kreis von Personen bekannt gemacht werden. Die bloße Übergabe an eine andere Person – so das Bundesgericht⁵⁸³ erfülle den Tatbestand hingegen nicht. Gleichsam ist auch das private Ausplaudern nicht strafbar, solange nicht mit einer Veröffentlichung durch Zuhörer:innen zu rechnen ist.⁵⁸⁴

Wie aus dem Wortlaut der Norm ferner hervorgeht, ist StGB 293 ebenfalls als *abstraktes Gefährdungsdelikt* ausgestaltet. Eine tatsächliche Beeinflussung der Behörde muss nicht nachgewiesen werden, um eine Strafbarkeit nach StGB 293 I zu begründen.⁵⁸⁵

339

ee. Weitere Kritik

Abschließend sei erwähnt, dass StGB 293 zu vielerlei Kritik Anlass gegeben hat. Neben der eben erwähnten Kritik⁵⁸⁶ wurde beispielsweise die Vereinbarkeit von StGB 293 mit EMRK 10 (Meinungsäußerungsfreiheit) in Zweifel gezogen⁵⁸⁷ – ebenso der Schutzzweck⁵⁸⁸ der Norm sowie der ihr zugrunde liegende formelle Geheimnisbegriff⁵⁸⁹, die, verkürzt gesagt, beide mit demokratischen Prinzipien, wie dem Öffentlichkeitsprinzip (BGÖ 6) oder der Meinungs- und Informationsfreiheit (BV 16), in Konflikt stehen. Vonseiten des Parlaments wurde deshalb wiederholt die ersatzlose Streichung der Norm erwogen.⁵⁹⁰

340

Jene Unzulänglichkeiten scheinen für die vorliegenden Betrachtungen kaum von Bedeutung zu sein, weshalb eine ausführliche Auseinandersetzung an dieser Stelle unterbleiben kann.

341

ff. Zur Bedeutung für Whistleblowing

Was die Wechselwirkung zwischen Whistleblowing und StGB 293 anbelangt, kann festgehalten werden, dass zumindest theoretisch alle Whistle-

342

⁵⁸³ BGE 119 IV 250 E. 2a.

⁵⁸⁴ Vgl. zum Ganzen FOLKA, BSK StGB II 293 N 30; TRECHSEL/VEST, PK StGB 293 N 7; jeweils m. w. H.

⁵⁸⁵ Vgl. hierzu auch FOLKA, BSK StGB II 293 N 11 m. w. H.

⁵⁸⁶ Siehe 336.

⁵⁸⁷ Siehe hierzu FOLKA, BSK StGB II 293 N 5 ff. sowie 26 f. m. w. H.

⁵⁸⁸ Siehe hierzu FOLKA, BSK StGB II 293 N 8 ff. m. w. H.

⁵⁸⁹ Siehe hierzu FOLKA, BSK StGB II 293 N 15 ff. m. w. H.

⁵⁹⁰ Siehe hierzu FOLKA, BSK StGB II 293 N 7 ff. m. w. H.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

blower:innen den Straftatbestand erfüllen können. Hierzu müssten für geheim erklärt, behördliche Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen illegalen oder illegitimen Inhalts publik gemacht werden. Dies könnte beispielsweise mithilfe einer Veröffentlichung auf einer Whistleblower:innen-Plattform im Internet wie *WikiLeaks* geschehen.

- 343 Inwiefern Whistleblowing in Zusammenhang mit StGB 293 eine praktische Bedeutung zukommt, ist schwer abzuschätzen. Mit Verweis auf das obige Beispiel⁵⁹¹ der Bekanntmachung der (vertraulichen) Beratungen des Bundes über die Möglichkeiten zur Befreiung der Geiseln in Libyen lässt sich aber konstatieren, dass durch Whistleblowing in einem solchen Fall der Tatbestand in StGB 293 erfüllt sein könnte. Mithin scheint eine Verletzung von StGB 293 durch Whistleblowing möglich.

d. Art. 320 ff. StGB

- 344 Die grundlegendsten Geheimnisverratstatbestände im Kernstrafrecht finden sich in StGB 320 und 321. Diese schützen vor einer (nicht autorisierten,) vorsätzlichen (StGB 12 II) *Offenbarung von Amts-* (StGB 320) re-spektive *Berufsgeheimnissen* (StGB 321). Ergänzt wird letztere Bestimmung durch den Sondertatbestand in StGB 321^{bis} (Berufsgeheimnis in der Forschung am Menschen). Ähnliche Voraussetzungen finden sich StGB 321^{ter} (Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses). Alle der genannten Geheimnisverratstatbestände sind als Vergehen im Sinne von StGB 10 III ausgestaltet, sehen aber jeweils Möglichkeiten der Exemption⁵⁹² vor. Im Regelfall ist eine solche für Fälle intendiert, in denen der:die Geheimnis-herr:in in Form der vorgesetzten (Aufsichts-) Behörde in die Offenbarung schriftlich eingewilligt hat.⁵⁹³ Systematisch sind die Delikte in die *strafba-ren Handlungen gegen die Amts- und Berufspflicht* eingeordnet.

591 Vgl. 332.

592 Im Sinne eines wie auch immer gearteten Ausschlusses der Strafbarkeit.

593 Siehe StGB 320 2., 321 2., 321^{bis} II. Nach den Regeln der Einwilligung muss eine solche bereits vor Tatbegehung vorgelegen haben.

aa. Schutzobjekte

StGB 320 soll zum einen den *Schutz der Privatsphäre* der einzelnen Bürger:innen gewährleisten. Dieser Anspruch auf Privatsphäre muss vonseiten des Bundes, der Kantone, der Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts zum Zwecke der Aufgabenerfüllung regelmäßig tangiert werden. StGB 320 soll sicherstellen, dass diese Eingriffe nicht weiterreichen als für die Erfüllung der staatlichen Aufgaben notwendig. Zum andern sollen die staatlichen Organe bei ihrer Amtsausübung vor unzulässiger Einmischung durch Unbeteiligte geschützt werden und es soll vermieden werden, dass Außenstehende von Insider:innen-Informationen profitieren können. Geschützt wird somit auch das *öffentliche Interesse am reibungslosen Funktionieren der öffentlichen Verwaltung*.⁵⁹⁴

Ähnliche Überlegungen liegen StGB 321 zugrunde. Die Norm soll dem *besonderen Vertrauensverhältnis* zwischen den Bürgerinnen und Bürgern sowie den Angehörigen der in StGB 321 (abschließend) aufgezählten Berufsgruppen Rechnung tragen. Um das absolute Vertrauen der Klientel gewinnen zu können, so die *ratio*, müsse sichergestellt werden, dass beispielsweise einem Arzt oder einer Anwältin vonseiten der Klientel *alles* anvertraut werden könne – ohne Sorge um Indiskretionen. Denn sonst könnten diese Berufe nicht (einwandfrei) ausgeübt werden.⁵⁹⁵ Die freien Berufe betreffend kann daher ebenfalls eine *Verpflichtung zum Schutz* konkreter *Privatsphären* Einzelner (Mandantschaft, zu behandelnde Person etc.) sowie ein etwas abstrakteres, *öffentliches Interesse am einwandfreien Funktionieren dieser Berufe* erkannt werden, wobei erstere Voraussetzung dazu dienen dürfte, besagtem öffentlichen Interesse gerecht zu werden. Zwischen den beiden Aspekten besteht mithin eine engere Verknüpfung als bei StGB 320.⁵⁹⁶

StGB 321^{bis} soll den Schutzbereich von StGB 321 auf Personengruppen ausweiten, die Humanforschung i. S. v. HFG 2 I betreiben und auf diesem Wege mit Patientengeheimnissen in Berührung kommen, obschon sie nicht behandelnd tätig sind. Auch hier liegt die *Wahrung der Privatsphäre* im

⁵⁹⁴ Vgl. zum Ganzen BGE 142 IV 65 E. 5.1 m. w. H.; OBERHOLZER, BSK StGB II 320 N 4 f. m. w. H.; OBERHOLZER, BSK StGB II 321 N 1; TRECHSEL/VEST, PK StGB 320 N 1; jeweils m. w. H.

⁵⁹⁵ BGE II 7 Ia 341 E. 6a; II 1b 606 E. b; 87 IV 105 E. 2b; jeweils m. w. H.

⁵⁹⁶ Vgl. zum Ganzen OBERHOLZER, BSK StGB II 321 N 2; TRECHSEL/VEST, PK StGB 321 N 1 m. w. H.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

Zentrum der Überlegungen.⁵⁹⁷ Dies ergibt sich unter anderem aus dem Umstand, dass StGB 321^{bis} Ausfluss aus den Gesetzgebungsarbeiten zum DSG ist. Was die Strafnormen im DSG betrifft, dient StGB 321^{bis} ferner als weitere Rechtfertigungsgrundlage.⁵⁹⁸

- 348 StGB 321^{ter} schützt das in BV 13 1 garantierte Post- und Fernmeldegeheimnis, das im Kern ebenfalls die *Privatsphäre* der Bürger:innen garantieren soll.⁵⁹⁹ Die Strafnorm wurde im Zuge der Totalrevision des Fernmeldegesetzes sowie der Einführung des Postgesetzes geschaffen, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass nach Auflösung der PTT 1997/98 das staatliche Monopol im Bereich der Post- und Fernmeldedienste aufgehoben wurde. Dies hatte zur Folge, dass die Schutzbereiche von StGB 320 und 321 mithilfe der Einführung von StGB 321^{ter} eine Ausweitung haben erfahren müssen, da andernfalls der Schutz des verfassungsmäßigen Rechts nicht länger in gleichem Maße hätte gewährleistet werden können. Im Zuge des Erlasses des neuen FMG wurde die einstmals spezialgesetzliche Norm ins Kernstrafrecht überführt.⁶⁰⁰

bb. Geheimnisschutz

- 349 Was die Tatbestände in StGB 320 und 321 angeht, ist der *materielle Geheimnisbegriff* maßgebend.⁶⁰¹ Die geheimen Tatsachen müssen bei beiden Tatbeständen in einem kausalen Zusammenhang zur Ausübung des Berufes stehen, wobei ein (passives) Wahrnehmen der Tatsachen genügt. Ein (aktives) Anvertrauen der geheimen Tatsachen vonseiten der Geheimnischerrin oder des Geheimnisherrn ist nicht nötig, um eine Strafbarkeit zu begründen.⁶⁰²

597 Vgl. zum Ganzen OBERHOLZER, BSK StGB II 321^{bis} N 2 ff.; TRECHSEL/VEST, PK StGB 321^{bis} N 3.

598 Vgl. zum Ganzen OBERHOLZER, BSK StGB II 321^{bis} N 1; TRECHSEL/VEST, PK StGB 321^{bis} N 1 m. w. H.

599 Vgl. statt vieler BREITENMOSER, SG Komm BV 13 N 64 m. w. H.

600 Vgl. zum Ganzen OBERHOLZER, BSK StGB II 321^{ter} N 1 f.; TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 321^{ter} N 1 m. w. H.

601 Vgl. OBERHOLZER, BSK StGB II 320 N 8; OBERHOLZER, BSK StGB II 321 N 14; TRECHSEL/VEST, PK StGB 320 N 3; TRECHSEL/VEST, PK StGB 321 N 20; jeweils m. w. H. Zum *materiellen Geheimnisbegriff* siehe 309 ff.

602 Vgl. zum Ganzen OBERHOLZER, BSK StGB II 320 N 9; OBERHOLZER, BSK StGB II 321 N 15 f.; TRECHSEL/VEST, PK StGB 320 N 8; TRECHSEL/VEST, PK StGB 321 N 21 f.; jeweils m. w. H.

Auch im Falle des Tatbestandes in StGB 321^{bis} scheint OBERHOLZER 350 von einem *materiellen Geheimnisbegriff* auszugehen, wenn er schreibt, geschützt seien «Geheimnisse im Sinne der allgemeinen Definition»⁶⁰³ – wenngleich die Aussage nicht eindeutig ist.

In *puncto* des Geheimnisbegriffs ist seiner Kommentierung zu StGB 321^{ter} 351 nichts zu entnehmen; wobei er unter dem Aspekt der Tathandlungen anhand des Gesetzeswortlauts ausführt, dass zum einen die *Angaben über den Post-, Zahlungs- oder den Fernmeldeverkehr der Kundschaft* sowie das *Schriftgeheimnis* (i. S. v. StGB 179) geschützt seien.⁶⁰⁴ Nach hier vertretener Ansicht scheint evident, dass sowohl die durch StGB 321^{bis} sowie die durch StGB 321^{ter} geschützten Daten (wie Patienten- oder Zahlungsdaten, Textinhalte elektronischer und physischer Post) regelmäßig dem *materiellen Geheimnisbegriff* genügen dürften.⁶⁰⁵ In Zusammenhang mit StGB 321^{bis} ergibt sich dies auch aus der systematischen Verknüpfung mit StGB 321.

Am Beispiel von StGB 321^{ter} kann exemplifiziert werden, dass in einigen 352 Fällen allem Anschein nach gestützt auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen ein *mehrfacher Geheimnisschutz* bestehen dürfte:

Angaben zum Fernmeldeverkehr einer Kundin oder eines Kunden sind 353 bereits aufgrund von FMG 43 geschützt, die *Kundinnen- und Kundendaten* der Teilnehmenden zusätzlich aufgrund von DSG 12 II c. Bei Angaben der Art «*Unser Kunde, Herr X aus Zürich, hat am Vorabend um 19:34 Uhr unserem Kunden, Herrn Y aus Bern, eine Sprachnachricht von 2:23 Minuten Länge zugeschickt*» handelt es sich somit um Geheimnisse sowohl formeller als auch materieller Natur. Denn diese Daten sind einerseits nach Bundesrecht geheim zu halten (*formeller Geheimnisbegriff*⁶⁰⁶) und andererseits dank Einhaltung besagter Schutznormen aber auch bloß einem eingeschränkten Personenkreis bekannt und (den Geheimhaltungswillen

603 OBERHOLZER, BSK StGB II 321^{bis} N 5. Ähnlich beschreiben auch TRECHSEL/VEST die Ausweitung der Geheimnispflicht mit Bezugnahme auf StGB 321, was nahelegt, dass von demselben Geheimnisbegriff ausgegangen werden kann; vgl. TRECHSEL/VEST, PK StGB 321^{bis} N 3 ff.

604 Vgl. OBERHOLZER, BSK StGB II 321^{ter} N 6 ff.; TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 321^{ter} N 2; jeweils m. w. H.

605 Es sei an der Stelle angemerkt, dass insbesondere Patientinnen- und Patienten- oder Personendaten, (auf bundesgesetzlicher Ebene beispielsweise durch das DSG) formell geschützt sind, mithin also auch ein *formelles Geheimnis* vorliegen würde. Vgl. auch nachfolgende Ausführungen in 352 f.

606 Siehe oben 308.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

der Kundin oder des Kunden angenommen) schützenswert⁶⁰⁷ (*materieller Geheimnisbegriff*⁶⁰⁸). StGB 321^{ter} stellt die Bekanntgabe dieser Daten unter Strafe.⁶⁰⁹ Zum *Inhalt* der angesprochenen Sprachnachricht ist damit nichts gesagt. Jener ist im Sinne eines materiellen Geheimnisses seinerseits wenigstens durch StGB 179 und 321^{ter} geschützt.⁶¹⁰

cc. Täter:innen-Eigenschaften

- 354 Hinsichtlich der Täter:innen-Eigenschaften ergibt sich aus dem jeweiligen Gesetzeswortlaut, dass es sich bei StGB 320, 321 und 321^{ter} eindeutig um *Sonderdelikte* handelt.⁶¹¹ Im Falle von StGB 321^{bis} scheint die Zuordnung nicht ganz so klar. OBERHOLZER schweigt in dieser Hinsicht in seiner Kommentierung zu StGB 321^{bis}. Der Wortlaut spricht von der Täterinnen- und Täterschaft unbestimmt als «Wer», was auf ein *Allgemeindelikt* schließen lässt. Dies wäre mit dem oben erklärten Ziel der Norm vereinbar, die Strafbarkeit auf die in StGB 321 nicht genannten Personengruppen auszuweiten.⁶¹² Ergänzt wird das allgemeine «Wer» aber um die Einschränkung «[ein Berufsgeheimnis ...], das er durch seine Tätigkeit in der Forschung am Menschen nach dem Humanforschungsgesetz [...] erfahren hat». Dies schränkt die Strafbarkeit auf Personengruppen ein, die zwar über die in StGB 321 genannten Gruppen hinausgehen mögen, dennoch aber eine entsprechende Sonderstellung voraussetzen, weshalb auch bei StGB 321^{bis} von einem *echten Sonderdelikt* auszugehen ist.⁶¹³

607 Für das Bestehen eines legitimen Geheimhaltungsinteresses des Geheimnisherrn lässt sich in Anbetracht der Existenz besagter Schutznormen unproblematisch argumentieren.

608 Siehe oben 309 ff.

609 Vgl. OBERHOLZER, BSK StGB II 321^{ter} N 6 ff.

610 Zur Frage, vor welchen Tathandlungen die Inhalte geschützt sind, vgl. nachfolgend 356.

611 Vgl. OBERHOLZER, BSK StGB II 320 N 7; OBERHOLZER, BSK StGB II 321 N 4; OBERHOLZER, BSK StGB II 321^{ter} N 3; TRECHSEL/VEST, PK StGB 320 N 2; TRECHSEL/VEST, PK StGB 321 N 3; TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 321^{ter} N 3; jeweils m. w. H.

612 Siehe oben 347.

613 Vgl. hierzu auch SK.2016.14 E. 2.1, nach der das Bundesstrafgericht StGB 162 I (mit ähnlicher Formulierung) als Sonderdelikt klassifiziert hat.

dd. Tathandlung

Die Tathandlung liegt bei StGB 320, 321 und 321^{bis} im *Offenbaren* der geheimen Tatsachen. Hiervon ist auszugehen, wenn das Geheimnis einer unberechtigten Drittperson entweder (aktiv) zur Kenntnis gebracht oder dieser oder diesem die Kenntnisnahme (passiv) ermöglicht wird. Letztere Variante erfüllt zum Beispiel, wer Geheimnisse (beispielsweise in Form von Akten) ungenügend gesichert aufbewahrt und in Kauf nimmt, dass Unbefugte sich Einsicht verschaffen könnten. Ein Geheimnisverrat kann auch dann vorliegen, wenn die Unbefugten von der geheim zu haltenden Tatsache bereits Kenntnis haben oder die Inhalte des Geheimnisses vermuten, zumal sie durch die Offenbarung im Regelfall weitere gefestigte Erkenntnisse erlangen.⁶¹⁴

StGB 321^{ter} spricht im Gesetzeswortlaut nicht von einem Offenbaren. Stattdessen ist strafbar, wer *einem Dritten Angaben (zum Post-, Zahlungs- oder Fernmeldeverkehr) macht* – was einer aktiven Offenbarung gleichzukommt – oder wer als qualifizierter Täter das *Schriftgeheimnis i. S. v. StGB 179*⁶¹⁵ verletzt. Beide Varianten werden ergänzt durch die Tatvariante, *einem Dritten hierzu Gelegenheit zu geben*, was betreffend die erstgenannte Tatvariante wiederum einer passiven Geheimnisoffenbarung gleichzukommen scheint.

Was die Variante der (aktiven und passiven) Verletzung des Schriftgeheimnisses anbelangt, dürfte nicht eindeutig von einem (bloßen) Offenbaren ausgegangen werden. Zwar offenbart sich der Täterin oder dem Täter im Falle der aktiven Verletzung der geschützte Inhalt. Weil die Täterin oder der Täter aber gleichzeitig unberechtigte:r Dritte:r ist, liegt der Handlungsunwert nicht darin, Dritte über Geheimnisse in Kenntnis zu setzen. Ferner eröffnen sich die Inhalte den Täterinnen und Tätern nicht ohne Weiteres. Die Tathandlung liegt vielmehr im Öffnen der verschlossenen Sendung – sprich dem *Eindringen* ins Schriftgeheimnis. Ähnliches gilt in Bezug auf die passive Variante. Zwar offenbart der:die Sondertäter:in i. S. v. StGB 321^{ter} mit der Zugänglichmachung einer verschlossenen Sendung bereits Geheimnisse, indem er:sie den Unberechtigten Angaben über den

614 Vgl. OBERHOLZER, BSK StGB II 320 N 10; OBERHOLZER, BSK StGB II 321 N 19 f.; jeweils m. w. H.; OBERHOLZER, BSK StGB II 321^{bis} N 5; TRECHSEL/VEST, PK StGB 320 N 8; TRECHSEL/VEST, PK StGB 321 N 23 ff.; jeweils m. w. H.

615 Zu StGB 179 vgl. nachfolgend 369 ff.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

Postverkehr von Kundinnen oder Kunden macht.⁶¹⁶ Die positivierte Gehilfenschaft zur Verletzung des Schriftgeheimnisses geht aber ebenfalls über das bloße Offenbaren hinaus, da sich die *Inhalte* des Schreibens nicht ohne deliktisches Zutun dartun werden.

- 358 Die Varianten des *dem Inhalt verschlossener Sendungen Nachforschens* unterscheiden sich von der oben besprochenen Tathandlung des *Offenbarens*⁶¹⁷.

ee. Zur Bedeutung für Whistleblowing

- 359 Damit die Tatbestände in StGB 320 und 321 durch Whistleblowing erfüllt werden können, bedarf es jeweils der besonderen Stellung der Whistleblower:innen – sie müssen (ehemalige) Angestellte oder Mitglieder einer Behörde sein und von der illegalen oder illegitimen Tatsache im Rahmen ihrer Tätigkeit erfahren haben. Ein bloßes Offenbaren dieser Tat-sachen erfüllt regelmäßig den jeweiligen Tatbestand.
- 360 Die Bedeutung dieser Tatbestände für Whistleblowing ist groß. Man denke beispielsweise an die in der Einleitung angesprochenen Fälle der ehemaligen Mitarbeiterinnen des Zürcherischen Sozialdepartements, Margrit Zopfi und Esther Wyler, oder auch des SBG-Nachtwächters Christoph Meili.⁶¹⁸
- 361 Dahingegen dürfte StGB 321^{bis} für Whistleblowing keine besondere Bedeutung zukommen. Denn in Hinsicht auf Abs. 2 i. V. m. HFG 34 ergibt sich scheinbar kein Fall, in dem es sich bei der *zulässigen* Offenbarung um *illegaler oder illegitime Tatsachen* handelt. Die Fälle *unzulässiger* Offenbarungen richten sich dagegen i. S. v. Abs. 1 nach StGB 321.
- 362 Im Lichte der Ausführungen scheint die Relevanz einiger Varianten aus StGB 321^{ter} ebenfalls eher gering. Dies insofern, als die Offenbarung über den Post-, Zahlungs- oder Fernmeldeverkehr – sprich beispielsweise die Meldung «X hat Y gestern einen Brief geschickt» – kaum je eine Offenbarung von illegalen oder illegitimen Tatsachen beinhalten und daher kein Whistleblowing sein dürfte. Es mag ausnahmsweise anders liegen, wenn beispielsweise eine Zahlung einer Person an die andere aus rechtlichen Gründen gar nicht erfolgen dürfte.

616 Wer lässt wem eine Sendung zukommen; vgl. hierzu OBERHOLZER, BSK StGB II 321^{ter} N 6 ff. sowie TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 321^{ter} N 2 ff.

617 Vgl. 355.

618 Zum Fall Zopfi/Wyler siehe 2; zum Fall Meili siehe 6.

Das *Eindringen* ins Schriftgeheimnis wird ebenfalls nicht unmittelbar mit Whistleblowing einhergehen können, zumal durch das Öffnen einer verschlossenen Sendung durch Unbefugte nicht gleichzeitig Inhalte bekannt werden. Dazu muss der Brief erst gelesen werden. Sollten sich dann illegale oder illegitime Geheimnisse herauslesen lassen, würden sich diese einem oder einer unbefugten Dritten sozusagen von sich aus dartun – der:die Absender:in würde unbeabsichtigt zum:zur Whistleblower:in – und die Inhalte könnten alsdann gegebenenfalls durch die unbefugten Leser:innen weiteren Dritten offenbart werden, was wiederum Whistleblowing im Sinne der Definition wäre. Weder Ersteres noch Letzteres würde jedoch den Straftatbestand von StGB 321^{ter} erfüllen. 363

Ein Anwendungsfall wäre dagegen so zu konstruieren: Der:die Postangestellte öffnet zunächst eine verschlossene Sendung, nimmt von den darin (zufällig) enthaltenen illegalen oder illegitimen Geheimnissen Kenntnis und gibt im Anschluss daran einer Drittperson (beispielsweise einer medienschaffenden Person) *die Gelegenheit, dem Inhalt nachzuforschen*. Auf dieses Weise würde StGB 321^{ter} zweimal verletzt – in letzterem Fall würde die Verletzung gleichzeitig Whistleblowing konstituieren. 364

2. Weitere Straftatbestände

So weit zu den Geheimnisverratstatbeständen des Kernstrafrechts, die durch Whistleblowing potenziell verletzt werden können. Um Whistleblowing anlässlich dieser phänomenologischen Betrachtung nicht versehentlich auf den reinen Geheimnisverrat zu reduzieren, sei nachfolgend, der Vollständigkeit halber, auf weitere Straftatbestände des Kernstrafrechts hingewiesen, die mit dem Geheimnisverrat einhergehen könnten. 365

a. Art. 173 StGB

aa. Zum Tatbestand

Zum einen ist auf den Straftatbestand der *üblichen Nachrede* in StGB 173 I. Hinzuweisen. Der Tatbestand ist als Vergehen (StGB 10 III) ausgestaltet und droht demjenigen mit Strafe, der jemanden *gegenüber einem Dritten eines unehrenhaften Verhaltens* oder anderer Tatsachen, die geeignet sind, dessen Ruf zu schädigen, *beschuldigt oder verdächtigt* (Abs. 1) oder solche Beschuldigungen und Verdächtigungen *weiterverbreitet* (Abs. 2). 366

I. Die wichtigsten Straftatbestände

bb. Zur Bedeutung für Whistleblowing

- 367 Es bedarf wenig Fantasie, zwischen Whistleblowing und der üblichen Nachrede einen Konnex herzustellen. Die Whistleblower:innen-Meldung⁶¹⁹ – erfolge sie anonym, intern oder extern – dürfte oft⁶²⁰ den Tatbestand von StGB 173 I. erfüllen,⁶²¹ die Folgemeldungen und/oder medialen Publikationen gegebenenfalls den Tatbestand von Abs. 2.
- 368 Mit Blick auf diese Problematik sind folgende Ausnahmen und Argumente hinzuzufügen: *Erstens* handelt es sich bei StGB 173 I. um ein *Antragsdelikt* (StGB 30 ff.). Solange Verdächtigte von der Ehrverletzung nichts erfahren (beispielsweise im Fall einer vertraulichen Meldung), erübrigt sich somit (zu Beginn) in der Praxis die Frage nach der Strafbarkeit gemäß StGB 173. *Zweitens* sieht StGB 173 2. vor, dass die Strafbarkeit *entfällt*, wenn die Täter:innen beweisen können, dass die gemachten Äußerungen wahr sind (*Wahrheitsbeweis*), oder sie wenigstens Gründe hatten, diese im guten Glauben für wahr zu halten (*Gutglaubensbeweis*). Was den vorgenannten Punkt angeht, ist somit festzuhalten, dass Whistleblower:innen im Regelfall⁶²² wenigstens der Gutglaubensbeweis – manchmal gar der Wahrheitsbeweis gelingen dürfte.⁶²³ An der Tatbestandsmäßigkeit ihres Verhaltens

619 Zum Beispiel: Der Angestellte einer Großbank, X, bezichtigt seine Chefin und Leiterin der Vermögensverwaltung, C, gegenüber der Journalistin, J, der Geldwäscherei (StGB 305^{bis}) und untermauert seine Aussagen mit Auszügen aus bankinternen Transaktionsübersichten.

620 Selbstredend sind Ausnahmen denkbar. So erstreckt sich der strafrechtliche Ehrschutz nach StGB 173 gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung lediglich auf die sogenannte *sittliche Ehre* (Ruf, ein ehrbarer Mensch zu sein) und nicht auf die sogenannte *gesellschaftliche Ehre* – wenngleich diese Praxis von der Lehre kritisiert wird; vgl. hierzu statt vieler BGE II 5 IV 42 E. Ic.; RIKLIN, BSK StGB II Vor 173 N 16 ff. sowie TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB Vor 173 N 1ff.; jeweils m. w. H. Es wären demnach Fallkonstellationen denkbar, in denen sich Meldeinhalte nicht auf ein illegales, sondern auf ein illegitimes Verhalten beziehen würden. In diesem Fall könnte man zum Schluss kommen, dass die *gesellschaftliche Ehre* (beispielsweise der Ruf, ein «anständiger Geschäftsmann» zu sein) angegriffen und folglich die Tatbestandsmäßigkeit zu negieren sei, weshalb eine Strafbarkeit entfiele.

621 So auch CARRANZA/MICOTTI, 65 f.

622 An der überwältigenden Mehrheit der Whistleblower:innen-Meldungen ist etwas dran; vgl. 60 ff. Für die Erbringung des Gutglaubensbeweises ist insbesondere entscheidend, ob der Täter an die Wahrheit seiner Äußerungen *geglaubt hat* und ob er deren Richtigkeit (nach Maßgabe des Standards bei der Fahrlässigkeit) *sorgfältig* überprüft hat. Vgl. beispielsweise TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 173 N 18 f.

623 Aufgrund der *hohen Schwelle* für den Wahrheitsbeweis im Strafrecht und der *Beweislastumkehr* zulasten der Beschuldigten (vgl. statt vieler TRECHSEL/LEHMKUHL,

vermag dies nichts zu ändern. Und *drittens* verwehrt StGB 173 3. denjenigen Täterinnen und Tätern die Zulassung zum Entlastungsbeweis, die vorwiegend in der Absicht handelten, ihrem Opfer Übles vorzuwerfen. Damit dürfte betreffend die Strafbarkeit von (*Pseudo-*) Whistleblower:innen nach StGB 173 den kritischen Stimmen⁶²⁴ Genüge getan sein.⁶²⁵

b. Art. 179 ff. StGB

aa. Zu den Tatbeständen

In einer weiter gefassten Überlegung sollen hier ferner die Straftatbestände aus StGB 179 – 179^{quater} wenigstens kurz Erwähnung finden. Wie angegentlich der Ausführungen zu StGB 321^{ter} erwähnt,⁶²⁶ schützt StGB 179 seit Einführung des Strafgesetzbuches⁶²⁷ vor Verletzungen des Schriftgeheimnisses. Um den modernen Entwicklungen – beispielsweise dem Aufkommen von Aufnahmegeräten – Rechnung zu tragen,⁶²⁸ wurden ferner etwa mit StGB 179^{bis} (Abhören und Aufnehmen *fremder* Gespräche), StGB 179^{ter} (Unbefugtes Aufnehmen von [*eigens geführten*] Gesprächen) und StGB 179^{quater} (Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte) Schutznormen eingeführt, die sowohl vor der *Herstellung* als auch der *Auswertung* sowie der *Verbreitung* unbefugter Aufnahmen (vgl.

PK StGB 173 N 14 m. w. H.) dürfte Whistleblowerinnen und Whistleblowern der Wahrheitsbeweis regelmäßig nicht gelingen, denn dafür müssten sie sich in ihrer Argumentation oftmals auf bloße Indizien abstützen. So auch CARRANZA/MICOTTI, 65 f. Vom Beschaffen «handfester Beweise» ist schon deshalb abzuraten, weil Whistleblower:innen sich dadurch gegebenenfalls inkriminieren könnten. Ferner kann eine Verzögerung des Whistleblowings infolge Beschaffung weiterer Beweise zwecks späterer Legitimation gerade bei zeitsensiblen Sachverhalten Rechtsgutsverletzungen nach sich ziehen, die hätten verhindert werden können. Man stelle sich beispielsweise vor, dem:der Angestellten eines Kraftwerks lägen Indizien vor, dass seine:ihre Arbeitgeberin Giftstoffe gesetzeswidrig in den nahe gelegenen Fluss ableitet und dadurch die Volksgesundheit gefährdet. Statt umgehend Whistleblowing zu betreiben, wartet der:die Whistleblower:in aber noch drei Monate ab, um in der Zwischenzeit stichhaltige Beweise zu sammeln – allein deshalb, um eine Verurteilung gemäß StGB 173 erfolgreich abwenden zu können.

624 Man denke beispielsweise an die von LEISINGER aufgezeigten Vorbehalte; vgl. 134.

625 Zur Strafbarkeit von *Pseudo*-Whistleblowing nachfolgend 410 ff. Zum Begriff des *Pseudo*-Whistleblowing vgl. 90 sowie 368.

626 Vgl. 351 und 356.

627 Vgl. hierzu RAMEL/VOGELSANG, BSK StGB II 179 N 6 m. w. H.

628 Vgl. hierzu RAMEL/VOGELSANG, BSK StGB II 179 N 7 m. w. H.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

StGB 179⁶²⁹ schützen. Die Straftatbestände in StGB 179 – 179^{quater} sind als *Antragsdelikte* (StGB 30 ff.) ausgestaltet.

- 370 Betreffend das Schriftgeheimnis sei an der Stelle auf einige Punkte hingewiesen:
- 371 Eingangs gilt festzuhalten, dass es sich bei der Tatvariante nach Abs. 1 um ein *abstraktes Gefährdungsdelikt* handelt und daher irrelevant ist, ob vom Inhalt Kenntnis genommen wird. Folgerichtig muss für die Frage nach der Strafbarkeit der tatsächliche Inhalt des Schreibens⁶³⁰ gegenstandslos sein.⁶³⁰ Anderes gilt dagegen, wenigstens gemäß herrschender Lehrmeinung, was die Tatvariante des *Verwertens* nach Abs. 2 anbelangt. Ein solches könnte nur vorliegen, wo es sich bei den verbreiteten Tatsachen um «Geheimnisse»⁶³¹ handle.⁶³²
- 372 Ein erster Meinungsstreit besteht in Hinsicht auf die Täter:innen-Eigenschaften gemäß StGB 179 II: Während der Gesetzeswortlaut (insbesondere in der Fassungen der Amtssprachen, die die grammatischen Formen des *Gerundium* kennen) voraussetzt, dass allein die Täter:innen i. S. v. Abs. 1 – das heißt die Öffner:innen der verschlossenen Schrift oder Sendung – als Täter:innen nach Abs. 2 infrage kommen, geht eine ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung dahin, dass sich eine dritte Person nach StGB 179 II strafbar machen könne. Letzteres mit der Begründung, dass es in großen Betrieben üblich sei, dass beispielsweise für Angehörige des höheren Managements die Post durch Unterstellte geöffnet und dann weitergegeben würde.⁶³³ In diesem Fall könnte sich die spätere Leser:innen-schaft nicht (mehr) nach StGB 179 II strafbar machen, wenn sie Inhalte verbreite oder ausnutze – was nicht im Sinne der Norm sein könne.⁶³⁴

629 Mithin beispielsweise die Frage, ob es sich dabei um ein formelles oder materielles Geheimnis handelt.

630 Vgl. zum Ganzen RAMEL/VOGELSANG, BSK StGB II 179 N 10 und 33 m. w. H.

631 Vgl. 306 ff.

632 Vgl. zum Ganzen RAMEL/VOGELSANG, BSK StGB II 179 N 41; ähnlich auch TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 179 N 9; jeweils m. w. H.

633 An der Stelle sei angemerkt, dass der:die Empfänger:in (und nicht der:die Absender:in) bestimmt, wer zur Öffnung der an ihn:sie adressierten Post berechtigt ist. Daran vermag der:die Absender:in durch Vermerke wie «Persönlich» oder «zu Händen von» *nichts* zu ändern. Gemäß Bundesgericht bringe man als Absender:in auf diese Weise lediglich zum Ausdruck, wer innerhalb der Institution für die Behandlung des Schreibens zuständig sei; vgl. BGE 114 IV 18. Vgl. RAMEL/VOGELSANG, BSK StGB II 179 N 12 f. m. w. H.

634 Vgl. BGE 88 IV 145 E. 3b.

Jene Rechtsprechung wird in der Lehre dagegen als unzulässiger Analogieschluss mehrheitlich abgelehnt.⁶³⁵

Weitere Probleme bereitet das im Geschäftsverkehr des 21. Jahrhunderts vorzüglich verwendete Medium der elektronischen Post (E-Mail)⁶³⁶ sowie die elektronische Kommunikation als Ganzes, da die Lehre eine Anwendbarkeit von StGB 179 mehrheitlich ablehnt.⁶³⁷ 373

bb. Zur Bedeutung für Whistleblowing

Mit klassischem Whistleblowing stehen diese Tatbestände nicht zwingend in Verbindung. Es ist jedoch daran zu erinnern, dass es auch Whistleblowerinnen und Whistleblowern verboten ist, beispielsweise Vorgesetzte, Teammitglieder oder Geschäftskontakte auszuspionieren – selbst dann, wenn sich ihnen derart illegale oder illegitime Tatsachen offenbarten. Ferner müssen sich Whistleblower:innen auch und gerade dann absichern, wenn sie ihre Informationen nicht aus erster Hand haben. Wenigstens in Anbetracht des StGB 179^{bis} ff. macht sich nämlich jeweils strafbar, wer Aufnahmen oder Inhalte, *von denen er weiß oder annehmen muss, dass sie durch eine entsprechende strafbare Handlung erlangt worden sind*, einem:einer Dritten zugänglich macht oder wer deren Inhalte bekannt gibt (StGB 179^{bis} II/III; 179^{ter} II und 179^{quater} II/III). Folglich können Whistleblower:innen eine Bestrafung nicht mit dem Argument abwenden, nicht selbst belastendes Material illegal beschafft zu haben.⁶³⁸ 374

635 Vgl. hierzu RAMEL/VOGELSANG, BSK StGB II 179 N 38 m. w. H.; siehe beispielsweise auch TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 179 N 8 m. w. H.

636 Auch wenn diese gemäß Bundesgericht vom verfassungsmäßigen Recht des Fernmeldegeheimnisses nach BV I 3 I erfasst sei; BGE 126 I 50 E. 6a.

637 Im Kern geht es um die Frage, ob beispielsweise eine E-Mail oder SMS und der gleichen überhaupt unter das Tatobjekt der *verschlossenen Schrift oder Sendung* subsumiert werden könne. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit Hinweisen auf die verschiedenen Positionen findet sich in RAMEL/VOGELSANG, BSK StGB II 179 N 20 ff. sowie zur elektronischen Post am Arbeitsplatz (und deren Überwachung durch den Arbeitgeber) in RAMEL/VOGELSANG, BSK StGB II 179 N 46 ff. Vgl. auch TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 179 N 5 m. w. H.

638 Dieselbe Vorsicht ist aufseiten der Empfänger:innen der Whistleblower:innen-Meldung geboten, wo sie gedenken, die erhaltenen Informationen an andere Stellen/Personen weiterzugeben.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

c. Art. 273 StGB

aa. Zum Tatbestand

- 375 StGB 273 setzt sowohl das *Auskundschaften* von *Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen* in der Absicht, diese fremden amtlichen Stellen, ausländischen Organisationen oder den Agentinnen und Agenten privater Unternehmen zugänglich zu machen (Abs. 1), als auch das tatsächliche *Zugänglichmachen* (Abs. 2) unter Strafe. Dieses Vergehen ist ebenso als *abstraktes Gefährdungsdelikt* ausgestaltet – eine Schädigung folglich nicht Voraussetzung für die Strafbarkeit.⁶³⁹ Unter *Auskundschaften* ist jedes *unbefugte* Ermitteln geheimer Informationen zu verstehen,⁶⁴⁰ während das *Zugänglichmachen* die Fälle erfasst, in denen einem:einer (unbefugten) Dritten die Möglichkeit verschafft wird, vom Inhalt des Geheimnisses Kenntnis zu nehmen.⁶⁴¹
- 376 Betreffend das Tatobjekt ist ebenfalls von einem *materiellen Geheimnisbegriff* auszugehen.⁶⁴² Soweit stimmt StGB 273 mit der ähnlich lautenden Bestimmung in StGB 162 überein.⁶⁴³ Im Unterschied zu letztgenanntem Artikel schützt StGB 273 aber nicht private, sondern *staatliche* Interessen – sprich die wirtschaftlichen (Gesamt-) Interessen der Schweiz respektive der schweizerischen Volkswirtschaft.⁶⁴⁴ Daher die systematische Einordnung in den 13. Titel *Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und die Landesverteidigung*. Ferner geht der Schutzbereich von StGB 273 *in puncto* des Geheimnisschutzes weiter als dieser in StGB 162, da sich der Schutz nach StGB 273 auf *sämtliche Tatsachen des wirtschaftlichen Lebens* erstreckt,

639 HUSMANN, BSK StGB II 273 N 9 m. w. H.; vgl. auch TRECHSEL/VEST, PK StGB 273 N 2 m. w. H.

640 HUSMANN, BSK StGB II 273 N 70 ff.; TRECHSEL/VEST, PK StGB 273 N 11; jeweils m. w. H. Mit der herrschenden Lehre gibt es Einigkeit, dass – entgegen der bundesgerichtlichen Auslegung; vgl. nicht publizierter Teil von BGE 71 IV 217 – nicht «*jede auf Ermittlung des Geheimnisses gerichtete Handlung*» erfasst sein kann, sondern nur jene, die wider Treu und Glauben erfolgt; beispielsweise da, wo diese nicht in den Aufgabenbereich der Täter:innen fällt.

641 HUSMANN, BSK StGB II 273 N 73 ff.; TRECHSEL/VEST, PK StGB 273 N 11; jeweils m. w. H.

642 HUSMANN, BSK StGB II 273 N 12; TRECHSEL/VEST, PK StGB 273 N 5 f.; jeweils m. w. H. Zum *materiellen Geheimnisbegriff* siehe 309 ff.

643 Vgl. 314 ff.

644 HUSMANN, BSK StGB II 273 N 7 f. sowie 19 ff.; TRECHSEL/VEST, PK StGB 273 N 2; jeweils m. w. H.

keine gesetzliche oder vertragliche *Geheimhaltungspflicht* verlangt und das Geheimnis *lediglich dem Empfänger unbekannt* sein muss.⁶⁴⁵ Einschränkend kommt nur hinzu, dass StGB 273 einen *internationalen Kontext* voraussetzt.⁶⁴⁶

bb. Zur Bedeutung für Whistleblowing

Der Tatbestand des *wirtschaftlichen Nachrichtendienstes* i. S. v. StGB 273 kann für Whistleblower:innen relevant werden, wie beispielsweise die Steuer-CD-Affäre mit Deutschland zu Beginn des letzten Jahrzehnts⁶⁴⁷ gezeigt hat. So wurde vonseiten der schweizerischen Justiz festgestellt, dass der Verkauf entsprechender Daten den Straftatbestand von StGB 273 II erfülle und der Verkaufserlös gemäß StGB 70 I einzuziehen sei.⁶⁴⁸

Die Tatvariante des Auskundschaftens nach Abs. 1 kommt nicht zur Anwendung, solange Whistleblower:innen in Zusammenhang mit ihrer normalen Geschäftstätigkeit Kenntnis von den Geheimnissen erhalten. Mit Blick auf Bankangestellte beispielsweise dann, wenn diese mit der Bearbeitung der kopierten Kundinnen- und Kundendaten betraut sind. Ungeachtet dessen

377

378

645 Vgl. zum Ganzen HUSMANN, BSK StGB II 273 N 10 ff. m. w. H. In Bezug auf die *wirtschaftlichen Tatsachen* vgl. HUSMANN, BSK StGB II 273 N 13 ff. m. w. H.; betreffend *Geheimhaltungspflichten* vgl. HUSMANN, BSK StGB II 273 N 40 ff. m. w. H. und hinsichtlich die *relative Unbekanntheit* vgl. HUSMANN, BSK StGB II 273 N 16 ff.; TRECHSEL/VEST, PK StGB 273 N 6; jeweils m. w. H.

646 HUSMANN, BSK StGB II 273 N 10 und 58 ff. m. w. H.

647 Zum Vergleich der aktuellen Rechtslagen in der Schweiz, Österreich und in Deutschland vgl. ZERBES/PIETH, 466 ff m. w. H. Zur medialen Berichterstattung in diesem Zusammenhang vgl. beispielsweise Spiegel *online* am 4. Dezember 2012, «Wie der Fiskus mit Steuer-CDs Millionen macht», <<https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/ein-ueberblick-ueber-die-cds-mit-daten-deutscher-steuer-suender-seit-2000-a-870946.html>> (5. März 2021); Reuters *online* am 11. August 2011, «Blatt: Behörden haben wieder Schweizer Steuer-CD gekauft», <<https://www.reuters.com/article/deutschland-schweiz-steuer-ermittlungen-idDEBEE77A00E20110811>> (5. März 2021); Tagesschau *online* am 2. April 2012, «Wirtschaftsspionage oder berechtigte Fahndung?», <<https://www.tagesschau.de/inland/hgsteuerstreit100.html>> (5. Dezember 2021). Zur Rechtsfrage, ob die erlangten Daten auf Seiten der deutschen Behörden als rechtmäßige Beweismittel in Strafverfahren verwendet werden dürfen, sei an dieser Stelle auf das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts, 2 BvR 2101/09 vom 9. November 2010, sowie das (Folge-) Urteil des EGMR, 33696/11 vom 6. Oktober 2016, verwiesen.

648 BGE 141 IV 155.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

wäre eine spätere Weitergabe der Daten von Abs. 2 erfasst.⁶⁴⁹ Dies, gestützt auf StGB 4, gerade auch dann, wenn die Weitergabe nicht auf schweizerischem Hoheitsgebiet und/oder durch ausländische Staatsbürger:innen erfolgt.⁶⁵⁰

3. Zwischenfazit

- 379 Aus der Betrachtung der Geheimnisverratstatbestände im Kernstrafrecht ergibt sich, dass sich mit Blick auf nahezu gleich alle der beleuchteten Tatbestände Whistleblowing-Sachverhalte konstruieren lassen, die wenigstens nicht derart unrealistisch anmuten, als dass sie zum Vornherein als Chimären abgetan werden können. Einzige Ausnahme bietet bis hierhin wohl StGB 321^{bis}, dem neben StGB 321 betreffend Whistleblowing kaum besondere Bedeutung zukommen dürfte.⁶⁵¹ Aus den anschließenden zu den weiteren Tatbeständen des Kernstrafrechts erhellt, dass Whistleblower:innen insbesondere auch mit den Strafdrohungen in StGB 173 und 273 (gegebenenfalls auch 179 ff.) in Konflikt geraten können. Ergänzend ist hernach auf ausgewählte Straftatbestände des Nebenstrafrechts einzugehen.

C. Nebenstrafrecht

- 380 Auch in anderen Erlassen finden sich strafrechtliche Vorschriften, die einen Geheimnisverrat unter Strafe stellen. Nachfolgend wird auf praxisrelevante nebenstrafrechtliche Tatbestände eingegangen sowie auf ähnlich lautende Bestimmungen verwiesen. Die Arbeit erhebt nicht den Anspruch, alle bestehenden Tatbestände der schweizerischen Rechtsordnung abzubilden. Sie soll lediglich eine Übersicht über die wesentlichen Geheimnisverratstatbestände in Bundesgesetzen geben.

649 Vgl. hierzu EICKER, Bankkundendaten, 8 ff. m. w. H.

650 Vgl. hierzu *en détail* HUSMANN, BSK StGB II 273 N 89 ff. m. w. H.

651 Vgl. 361.

1. Namhafte Straftatbestände

a. Art. 47 BankG

Zu Beginn der Betrachtungen soll hier auf das wohl prominenteste Beispiel nebenstrafrechtlicher Geheimnisverratstatbestände: die *Verletzung des Bankkundengeheimnisses*⁶⁵² nach BankG 47 eingegangen werden. Die Norm orientiert sich an StGB 321. Der strafrechtliche Schutz nach BankG 47 ist jedoch ein weitreichenderer, da es sich bei BankG 47 *erstens* um ein *Offizialdelikt* handelt, was auf ein höheres öffentliches Interesse am Geheimnisschutz schließen lässt. *Zweitens* enthält die Norm eine Strafandrohung bei bloßer *Fahrlässigkeit* (vgl. BankG 47 II). *Drittens* erstreckt sich die Strafbarkeit *nicht nur* auf den *Geheimnisträger* (vgl. BankG 47 I a), sondern *auch auf Außenstehende*, die wenigstens versuchen, ein entsprechendes Geheimnis *auszuspähen*, indem sie den:die Geheimnisträger:in zu einer Geheimnisverletzung zu verleiten suchen (vgl. BankG 47 I b).⁶⁵³ Die Strafandrohung für den:die Vorsatztäter:in entspricht derjenigen aus StGB 320 respektive 321; es handelt sich um ein *Vergehen* i. S. v. StGB 10 III.

aa. Schutzobjekt/Geheimnisschutz

Hinsichtlich des *Bankkundengeheimnisses* ist ebenfalls von einem *materiellen Geheimnisbegriff* auszugehen.⁶⁵⁴ Der Schutz überschreitet die Grenzen des bloßen Vertragsrechtlichen insofern, als er sich auch auf Dritte erstreckt, die zwar nicht Kunden der Bank sind, jedoch aufgrund deren üblichen Geschäftstätigkeit mit ihr (respektive einem Kunden der Bank) in Kontakt kommen, beispielsweise indem Dritte eine Zahlung an die Bank richten oder von dieser erhalten.⁶⁵⁵ Vorbehalten bleiben bestehende Auskunftsrechte oder -pflichten gegenüber Kunden, anderer Banken oder Behörden.⁶⁵⁶

652 Umgangssprachlich: «*Bankgeheimnis*».

653 Vgl. zum Ganzen STRATENWERTH, BSK BankG 47 N 4 und 11.

654 Zum *materiellen Geheimnisbegriff* siehe 309 ff.

655 Vgl. zum Ganzen STRATENWERTH, BSK BankG 47 N 13 m. w. H.

656 Vgl. hierzu KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Komm BankG 47 N 16 ff. m. w. H.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

bb. Täter:innen-Eigenschaften

- 383 Aus dem Wortlaut von BankG 47 I a ergibt sich, dass es sich bei der Norm um ein Sonderdelikt handelt. Die Auflistung der möglichen Täter:innen ist betreffend die möglichen *Geheimnisträger:innen* und damit auf die Tatvariante des *Geheimnisverrats* abschließend. Als Täter:innen kommen Mitglieder eines Organs, Angestellte, Beauftragte und Liquidatorinnen und Liquidatoren einer Bank sowie Mitglieder eines Organs oder Angestellte von Prüfgesellschaften (einer Bank) infrage. Was die *Beauftragten* anbelangt, ist ferner festzuhalten, dass es sich dabei nicht nur um Einzelpersonen (im gesellschaftsrechtlichen Sinne) und deren Angestellte handeln kann, sondern auch um Gesellschafter:innen, Organmitglieder und Angestellte von beauftragten Personengesellschaften sowie juristische Personen.⁶⁵⁷

cc. Tathandlung

- 384 In Bezug auf die Tatbestandselemente in BankG 47 I a) kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zu StGB 320 f.⁶⁵⁸ verwiesen werden.⁶⁵⁹ Was die zweite Tatvariante des (*versuchten*) *Ausspähens* von Geheimnissen durch Außenstehende (i. S. v. BankG 47 I b) angeht, ist neben seiner Besonderheit darauf hinzuweisen, dass der *Versuch der Verleitung* teilweise als Positivierung der versuchten Anstiftung (vgl. StGB 24 II) missverstanden wird.⁶⁶⁰ Wie STRATENWERTH⁶⁶¹ richtig ausführt, setzt BankG 47 aber auch die fahrlässige Tatbegehung unter Strafe, weshalb es möglich sein muss, dass der:die Geheimnisträger:in – beispielsweise mithilfe einer Täuschung durch den Außenstehenden – fahrlässig Geheimnisse offenbart. Die (*versuchte*) Anstiftung nach StGB 24 setzt gemäß einhelliger Meinung dagegen voraus, dass der:die Anstifter:in im Haupttäter oder der Haupttäterin unter anderem den *Vorsatz* zur späteren Haupttat hervorruft,⁶⁶² was ein fahrlässi-

657 Vgl. zum Ganzen STRATENWERTH, BSK BankG 47 N 5 ff. sowie 12 jeweils m. w. H.

658 Siehe oben 344 ff.

659 Es bedarf ebenfalls eines *Offenbarends* sowie eines *Anvertraut-Seins* oder *eines Wahrnehmens in Ausübung des Berufes*. Vgl. auch STRATENWERTH, BSK BankG 47 N 14 f. m. w. H.; WOHLERS/PFLAUM, BSK FinFraG 147 N 29 ff. m. w. H.

660 So zum Beispiel auch bei WOHLERS/PFLAUM, BSK FinFraG 147 N 2 und 47.

661 STRATENWERTH, BSK BankG 47 N 17 m. w. H.

662 STRATENWERTH, AT I, § 13 N 99 f. m. w. H.

ges Handeln aufseiten der Geheimnisträgerin oder des Geheimnisträgers normzweckwidrig ausschließen würde.⁶⁶³

Bei der dritten Tatvariante handelt es sich um die sogenannte *Geheimnishehlerei* – sprich das Weitertragen oder Ausnutzen eines offenbarten Geheimnisses.⁶⁶⁴ Als taugliche:r Täter:in kommt infrage, wem ein Geheimnis offenbart wurde. Es handelt sich somit um ein (*unechtes*) *Sonderdelikt*.⁶⁶⁵ Von einem *Weiterverbreiten* ist auszugehen, wenn die Täter:innen das Geheimnis weiteren Personen *offenbaren*. Auch hier ist keine Kenntnisnahme vonnöten, um das Delikt zu vollenden. Es handelt sich – wie schon im Grundtatbestand des *originären Geheimnisverrats* nach BankG 47 I a – um ein *abstraktes Gefährdungsdelikt*.⁶⁶⁶ Von einem *Ausnützen* ist auszugehen, wo der:die Täter:in (für sich oder eine:n Dritte:n) einen *immateriellen Vorteil* erlangt.⁶⁶⁷ Bei dieser Variante dürfte es sich mithin um ein *Erfolgsdelikt* handeln. Beide Varianten sind sowohl *vorsätzlich* als auch *fahrlässig* strafbar.⁶⁶⁸

Sowohl für den *originären Geheimnisverrat* (BankG 47 I a) als auch für die *Geheimnishehlerei* (BankG 47 I c) sieht das Gesetz eine qualifizierte Strafandrohung vor, wenn der:die Täter:in sich oder einem:einer Dritten einen *Vermögensvorteil* verschafft. Damit handelt es sich bei der qualifizierten Variante um ein *Erfolgsdelikt*. Gemäß WOHLERS/PFLAUM⁶⁶⁹ setzt die Qualifikation einen entsprechenden *Vorsatz* voraus; beim *Vermögensvorteil* handle es sich ferner um ein Element des objektiven Tatbestandes, das

663 Beziehungsweise wäre in diesem Fall von einer mittelbaren Täterschaft auszugehen. Diese Konstruktion müsste jedoch an der fehlenden Sondertäter:innen-Stellung der mittelbaren Täterin oder des mittelbaren Täters scheitern. Vgl. hierzu STRATENWERTH, AT I, § 13 N 44 ff.

664 Die Kommentierungen von BankG 47 befassen sich nicht mit dieser, 2015 eingeführten Variante, weshalb nachfolgend auf bestehende Ausführungen zur gleichlautenden Bestimmung in FinfraG 147 verwiesen wird.

665 Vgl. WOHLERS/PFLAUM, BSK FinfraG 147 N 2 und 42.

666 Vgl. hierzu WOHLERS/PFLAUM, BSK FinfraG 147 N 6 und 29 jeweils m. w. H.

667 WOHLERS/PFLAUM sprechen von einem *materiellen* oder *immateriellen* Vorteil, konkretisieren dann aber, dass im Falle der Erlangung eines *materiellen* Vorteils der qualifizierte Tatbestand nach Abs. 2 erfüllt sei; vgl. hierzu WOHLERS/PFLAUM, BSK FinfraG 147 N 43. Zur besseren Abgrenzung zwischen Grundtatbestand und Qualifikation scheint es daher sinnvoll, in Zusammenhang mit dem Grundtatbestand nur von einem *immateriellen* Vorteil zu sprechen.

668 Vgl. zum Ganzen WOHLERS/PFLAUM, BSK FinfraG 147 N 43 f. m. w. H.

669 Zur gleichlautenden Bestimmung in FinfraG 147; vgl. Fn. 664.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

nicht eine besondere Absicht⁶⁷⁰ voraussetze. Zwar sei denkbar, dass sich die Täter:innen fahrlässig einen Vermögensvorteil verschaffen – in diesem Fall habe man sich aber am für die fahrlässige Begehung vorgesehenen Strafrahmen zu orientieren.⁶⁷¹

dd. Zur Bedeutung für Whistleblowing

- 387 Wie in der Einleitung zur Arbeit aufgezeigt, mussten sich Schweizer Whistleblower:innen in der Vergangenheit verschiedentlich wegen der Verletzung von BankG 47 verantworten.⁶⁷² Whistleblower:innen, die (ehemalige) Angestellte einer Bank sind – oder von Geheimnissen der Bank erfahren haben – laufen im Lichte obiger Ausführungen regelmäßig Gefahr, mit ihren Enthüllungen gleichzeitig den Tatbestand von BankG 47 zu erfüllen. Dies durch (vorsätzliche oder fahrlässige) Offenbarung von Bankgeheimnissen illegalen oder illegitimen Inhalts. Dass solche existieren (können), zeigen eingangs erwähnte Beispiele *pars pro toto* auf. Ob und inwiefern aus der Offenbarung negative Konsequenzen erwachsen, ist irrelevant.
- 388 In Hinsicht auf die Variante des Ausnutzens ist festzuhalten, dass ein tatbeständliches Verhalten denkbar ist. Etwa dann, wenn aus Whistleblowing (in Form der Offenbarung illegaler oder illegitimer Tatsachen) gleichzeitig ein Vorteil resultiert. Ein (versuchtes) *Verleiten*, entsprechende Geheimnisse preiszugeben, dürfte dagegen kein Whistleblowing darstellen.

ee. Weitere Straftatbestände

- 389 Sowohl in FINIG 69⁶⁷³ als auch in FinfraG 147 finden sich nahezu wortgleiche Bestimmungen. Mit dem Unterschied, dass jene Normen naturgemäß andere Geheimnisträger:innen benennen.⁶⁷⁴

670 Zu denken wäre hier beispielsweise an die *Vorteilsabsicht* bei der Urkundenfälschung nach StGB 251 I.

671 Vgl. zum Ganzen WOHLERS/PFLAUM, BSK FinfraG 147 N 7, 39 und 46.

672 Vgl. zur *Affäre Hildebrand* 3 und zum *Fall Elmer* 4; jeweils m. w. H.

673 Vgl. hierzu VOGEL/HEIZ/LUTHIGER, OFK FINIG 69 N 1 ff. m. w. H.

674 Dem Zweck der jeweiligen Gesetze entsprechend, wenden sie sich nicht an Organmitglieder, Angestellte, Beauftragte und Liquidatorinnen und Liquidatoren «einer Bank», sondern «eines Finanzinstituts» (FINIG) respektive «einer

Abschließend sei auf die Strafbestimmung in NBG 49 III aufmerksam gemacht, die sich an den Elementen der Strafnormen in StGB 320 und StGB 162 orientiert.⁶⁷⁵ Aufgrund des in NBG 49 III enthaltenen Verweises auf die Straftatbestände im Kernstrafrecht ist – im Unterschied zu den vorher besprochenen Tatbeständen – davon auszugehen, dass NBG 49 III lediglich die (*eventual-*) *vorsätzliche* Tatbegehung unter Strafe stellt.⁶⁷⁶ NBG 49 I konkretisiert dabei, wer vom Amtsgeheimnis nach StGB 320 erfasst ist: Es sind dies Organmitglieder, Angestellte sowie Beauftragte der SNB. Damit kommt NBG 49 in Anbetracht der Bestimmung (-en) in StGB 320 (und 162) insoweit eigenständige Bedeutung zu, als sie den Kreis der Geheimnisträger:innen von *Gesetzes wegen auf privatrechtlich organisierte Beauftragte* der SNB ausweitet.⁶⁷⁷

Was die Bedeutung dieser Tatbestände für Whistleblowing betrifft, sei auf die obigen Ausführungen zu BankG 47⁶⁷⁸ sowie StGB 320⁶⁷⁹ verwiesen.

b. Art. 35 DSG

Das Datenschutzgesetz kennt eine Strafnorm zur *Verletzung der beruflichen Schweigepflicht*. Bei DSG 35 handelt es sich um einen *Auffangtatbestand*. Dies ergibt sich aus der Betrachtung der Norm im Kontext der vorgängig ausgeführten Bestimmungen – insbesondere den StGB 320/321.⁶⁸⁰ Die

Finanzmarktinfrastruktur» (FinfraG). Die Organmitglieder oder Angestellte von Prüfgesellschaften entfallen jeweils.

675 KRAMER zitiert die Botschaft zur Revision des Nationalbankgesetzes (BBl 2002 6266) und gibt an, NBG 49 sei StGB 320 «nachgebildet»; vgl. KRAMER, 167. Dem ist wenigstens nicht vorbehaltlos zuzustimmen: NBG 49 regelt lediglich, wer dem Amtsgeheimnis untersteht (Abs. 1), wann die Unterstellung endet (Abs. 2), die Höhe der Strafandrohung im Verletzungsfall (Abs. 3) sowie die Legitimationsmöglichkeit der Entbindung (Abs. 4). *In puncto* der konkret unter Strafe gestellten Tatvarianten verweist die Norm in Abs. 3 mit den Worten «[...] *wer gegen das Amts- oder Geschäftsgeheimnis verstößt* [...]» jedoch auf das StGB (StGB 320 und 162), weshalb die Bezeichnung als «Nachbildung» euphemistisch erscheint. Es ist aber insoweit zuzustimmen, als wesentliche Elemente der referenzierten Tatbestände in NBG 49 eine Entsprechung finden.

676 So auch KRAMER, 167.

677 So auch die Idee der Legislative; vgl. BBl 2002 6266.

678 Vgl. 387 f.

679 Vgl. 359 ff.

680 Vgl. zum Ganzen PÄRLI, SHK DSG 35 N 1f. Auch im Kontext des Sozialversicherungsrechts spielt die Datenbearbeitung eine wichtige Rolle. DSG 35

I. Die wichtigsten Straftatbestände

Verletzung der Schweigepflicht ist als *Übertretung* (StGB 103) ausgestaltet, die auf *Antrag* (StGB 30 ff.) verfolgt wird. Sie setzt *Vorsatz* (i. S. v. StGB 12 II) voraus.⁶⁸¹

aa. Schutzobjekt/Geheimnisschutz

- 393 Interessant ist die enge Umschreibung des Tatobjekts. Geschützt sind nur *geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile*.⁶⁸² Rechtsgut der Norm ist somit die *Geheimsphäre* – sprich alle Tatsachen aus der höchstpersönlichen Sphäre, die man vor Einblicken Dritter in aller Regel zu schützen sucht.⁶⁸³
- 394 Was die *besonders schützenswerten Personendaten* betrifft, sind einzig *geheime* Daten geschützt, wobei diesbezüglich ebenfalls von einem *materiellen Geheimnisbegriff* auszugehen ist.⁶⁸⁴ Hingegen müssen Daten, die ein *Persönlichkeitsprofil* ausmachen, nicht (alle) *geheim und/oder besonders schützenswert* sein. In der Tat kann es sich um eine Zusammenstellung von – für sich betrachtet – unbedeutenden Personendaten handeln. Erfasst sind diese alsdann, sobald sie in ihrer Summe – der Legaldefinition in DSG 3 d entsprechend – eine «*Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person*» erlauben. Ihre Schutzwürdigkeit ergibt sich in diesem Fall ebenso aus besagter Summierung zu einem *gesteigerten Geheimhaltungsinteresse*.⁶⁸⁵ Ein Schutz sei allein da abzusprechen, wo das Persönlichkeitsprofil sich im Wesentlichen (oder ausschließlich) aus *öffentlich bekannten Einzeldaten zusammensetzt*.⁶⁸⁶

kommt *subsidiär* zur Anwendung, wo die spezialgesetzlichen Regelungen (beispielsweise ATSG 33, BVG 86 etc.) nicht greifen. Vgl. hierzu PÄRLI, SHK DSG 35 N 4 ff.

681 Wer nicht weiß, dass er die Daten nicht bekannt geben dürfte, unterliegt regelmäßig einem vermeidbaren Verbotsirrtum i. S. v. StGB 21 II; vgl. hierzu auch PÄRLI, SHK DSG 35 N 13 f. m. w. H.

682 Hinsichtlich der Tatbestandselemente der *besonders schützenswerten Personendaten* sowie der *Persönlichkeitsprofile* kann auf die Legaldefinitionen in DSG 3 c und 3 d verwiesen werden.

683 Vgl. NIGGLI/MAEDER, BSK DSG 35 N 3 m. w. H.

684 Vgl. NIGGLI/MAEDER, BSK DSG 35 N 23 m. w. H. Ähnlich auch PÄRLI, SHK DSG 35 N 7. Zum *materiellen Geheimnisbegriff* siehe 309 ff.

685 Vgl. zum Ganzen auch NIGGLI/MAEDER, BSK DSG 35 N 35 f.

686 NIGGLI/MAEDER, BSK DSG 35 N 37.

bb. Täter:innen-Eigenschaften

DSG 35 kommt insoweit selbstständige Bedeutung zu, als die Norm den limitierten Täter:innen-Kreis aus StGB 321 auf andere Personengruppen ausweitet, die mit *sensitiven Personendaten* arbeiten müssen.⁶⁸⁷ Die berufliche Schweigepflicht nach DSG 35 erstreckt sich zum einen auf Personen, die anlässlich der Ausübung ihres Berufes mit *geheimen, besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen* in Kontakt kommen müssen (DSG 35 I)⁶⁸⁸, sowie auf deren *Hilfspersonen* – insbesondere Auszubildende (DSG 35 II). Die Geheimnisse müssen dem Täter ferner *in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit* zur Kenntnis gelangt sein.⁶⁸⁹

cc. Tathandlung

Die Tathandlung liegt in der (unbefugten,) vorsätzlichen *Bekanntgabe* entsprecher Personendaten respektive Persönlichkeitsprofile.⁶⁹⁰ Der Akt der Bekanntgabe definiert sich gemäß DSG 3 f als «*das Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen*».

dd. Zur Bedeutung für Whistleblowing

Whistleblowing, das gleichzeitig den Tatbestand von DSG 35 erfüllt, setzte voraus, dass die geschützten Personendaten illegale oder illegitime Tatsachen beinhalten.

⁶⁸⁷ Vgl. NIGGLI/MAEDER, BSK DSG 35 N 1; PÄRLI, SHK DSG 35 N 1 f.

⁶⁸⁸ Hier scheint ferner der Hinweis geschuldet, dass nicht alle Personen, die Höchstpersönliches erfahren, von Abs. 1 erfasst sein sollen, sondern lediglich Angehörige von Berufsgruppen, die in Kontakt kommen müssen. Vgl. auch PÄRLI, SHK DSG 35 N 7 f. Damit ist im Falle von DSG 35 – anders als bei den bisher erwähnten Geheimnistatbeständen – nicht etwa die Warte der Geheimnischerrin oder des Geheimnischerrn (sprich der Kundin oder des Kunden), sondern diejenige der Datenbearbeiterin oder des Datenbearbeiters entscheidend. Vgl. hierzu NIGGLI/MAEDER, BSK DSG 35 N 5 ff. sowie N 39 ff. Betreffend den Geheimnisbegriff vgl. 393.

⁶⁸⁹ Der Täter:innen-Kreis von DSG 35 ist nicht auf private Personen beschränkt; das DSG findet auf kommunale oder kantonale Behörden jedoch keine Anwendung (DSG 2 I). Vgl. hierzu NIGGLI/MAEDER, BSK DSG 35 N 14.

⁶⁹⁰ Vgl. auch PÄRLI, SHK DSG 35 N 11.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

- 398 Theoretisch sind Fälle konstruierbar: X arbeitet im *Human Resource Management (HRM)* eines privaten Mädchengymnasiums und weiß aus den Personalakten, dass Facility Manager K wegen sexueller Belästigung und Exhibitionismus vorbestraft ist. X weiß, dass K die Stelle nur erhalten hat, weil er der Bruder der Personalchefin P ist. X sieht in K eine Bedrohung für die Gymnasiastinnen und wendet sich mit dieser Information an die Journalistin J. Realistisch scheint das Beispiel aber nicht.
- 399 In der Praxis dürfte es wenige Konstellationen geben, in denen Personendaten illegalen oder illegitimen Inhalts von Personen erhoben werden, die sowohl beruflich mit der Verarbeitung solcher Daten betraut als auch *nicht* Teil der besonderen Berufsgruppen aus StGB 320 f., BankG 47 o. Ä. sind.
- 400 Verdeutlichen lässt sich dies am Beispiel der folgenden, imaginierten Meldung: «*Primarschullehrer L befindet sich wegen seiner pädophilen Neigungen bei Psychiaterin P in Therapie*». Eine Offenbarung durch P (oder deren Hilfspersonen) würde mit einer tatbestandlichen Verletzung der Schweigepflicht i. S. v. StGB 321 unecht konkurrieren.⁶⁹¹

2. Weitere Straftatbestände

- 401 Neben den hievor besprochenen Tatbeständen finden sich jedoch auch in vielen anderen Erlassen Geheimnisverratstatbestände, die im Zusammenhang mit Whistleblowing relevant sein können. Erstens sei etwa auf die Strafbestimmungen in RAG 40 I d. i. V. m. RAG 20 III hingewiesen. Diese sehen eine Strafbarkeit für von der Aufsichtsbehörde *beauftragte Personen* (i. S. v. RAG 20) vor, wenn diese *vorsätzlich* oder *fahrlässig* (RAG 40 II) ein *Geheimnis offenbart* haben,⁶⁹² das ihnen in dieser Eigenschaft *anvertraut* wurde oder sie in dem Zusammenhang *wahrgenommen* haben.⁶⁹³ Auch hier ist von einem *materiellen Geheimnisbegriff* auszugehen.⁶⁹⁴ Was die möglichen Täter:innen betrifft, ist zum einen festzuhalten, dass die Revisor:innen durch StGB 320 f. erfasst werden, und zum andern ist auf

691 Vgl. 344 ff.

692 Vgl. 355 f.

693 Vgl. 349.

694 Vgl. BAHAR, BSK RAG 40 N 20 m. w. H. Zum *materiellen Geheimnisbegriff* siehe 309 ff.

StGB 29 hinzuweisen, der die *Organe* der beauftragten Personen ins Recht fasst. Außen vor bleiben dagegen etwaige *Hilfspersonen* der Beauftragten.⁶⁹⁵

Als mögliche Whistleblower:innen kämen beauftragte Personen infrage, denen im Rahmen der Revision illegale oder illegitime Tatsachen bekannt wurden, die sie dann gegenüber Unbefugten offenbaren. Ein so geartetes Geheimnis könnte beispielsweise in der Tatsache bestehen, dass anlässlich der Revision festgestellt wurde, dass die Firma Steuern hinterzogen hat.

Eine weitere besondere Schweigepflicht bei Strafe im Verletzungsfall findet sich in der Bestimmung von ZeugSG 30. Diese Bestimmung legt allen Personen, die im (außerprozessualen) Zeugenschutz mitwirken (ZeugSG 30 I) – inklusive der zu schützenden Person selbst (ZeugSG 30 III) – in Bezug auf die Informationen zur geschützten Person sowie zu den getroffenen Maßnahmen eine Schweigepflicht auf. Eine *Offenbarung* zeitigt die Strafbarkeit i. S. v. ZeugSG 31 I. Auch zu dieser Norm gilt anzumerken, dass diese die Ausweitung des Amtsgeheimnisses auf nicht behördlich Involvierte zum Ziel haben dürfte, denn Beamten und Beamte sowie Behördenmitglieder sind bereits auf Grundlage von StGB 320 zu Stillschweigen verpflichtet.⁶⁹⁶

Dieser Bestimmung dürfte in Zusammenhang mit Whistleblowing kaum praktische Bedeutung zukommen. Einerseits, da das *Gros* aller am Zeuginnen- und Zeugenschutz beteiligten Personen gleichzeitig von StGB 320 als schwereres Delikt i. S. v. ZeugSG 31 I erfasst sein dürfte, und andererseits, nur schwer vorstellbar ist, inwiefern Informationen über Schutzmaßnahmen illegale oder illegitime Tatsachen zum Inhalt haben und sich somit als Meldeinhalte für Whistleblowing eignen könnten.

Ferner kann als weitere Geheimnisverratsnorm im weiteren Sinne BGA 23 verstanden werden. Die als *Gemeindelikt* ausgestaltete Strafbestimmung verbietet die *Offenbarung von Informationen aus (Bundes-) Archivgut vor Ablauf der Schutzfrist* (vgl. BGA 9 ff.) sowie entsprechender Informationen, die *auf andere Weise ausdrücklich der Veröffentlichung entzogen* sind. Wie sich ferner aus dem Wortlaut ergibt, handelt es sich um einen *Auffangtatbestand*, der im Kontext der Strafbarkeit nach StGB 320 f. zu lesen ist. In Hinsicht auf die subjektiven Merkmale ist in Nachachtung des StGB 333 VII zu schließen, dass die *fahrlässige* Verwirklichung des Tatbestandes strafbar ist.

⁶⁹⁵ Vgl. zum Ganzen BAHAR, BSK RAG 40 N 19 m. w. H.

⁶⁹⁶ Vgl. hierzu auch BBl 2011 I 87.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

- 406 Jener Bestimmung dürfte für Whistleblowing nur selten separate Bedeutung zukommen. Zum einen, da der Zugriff auf geschützte Dokumente wenigen Personen und nicht ohne Weiteres gewährt wird. Die praktische Bedeutung der Norm dürfte sich weitestgehend in der fahrlässigen Verwirklichung des Tatbestandes durch Angestellte des Bundesarchivs (oder der ursprünglichen Geheimnisträger:innen) erschöpfen. Zum anderen müsste der Inhalt der geschützten Dokumente weiter illegale oder illegitime Tatsachen offenbaren, was selten der Fall sein dürfte. Potenzielle Whistleblower:innen müssten *nicht* von einer der vorgenannten Strafnormen erfasst sein und Einsicht in geschützte Dokumente erhalten, welche illegale oder illegitime Tatsachen zum Inhalt hätten.
- 407 Was die Täter:innen anbelangt, die *unrechtmäßig* Kenntnis von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen erlangt haben und diese entweder *verwerten* oder *anderen mitteilen*, sei an dieser Stelle abschließend auf die nebenstrafrechtliche Bestimmung in UWG 23 i. V. m. UWG 6 hingewiesen. Es handelt sich dabei nicht um einen Geheimnisverratstatbestand im klassischen Sinne. Die Geheimnisse werden nicht direkt vor der Weitergabe durch Eingeweihte geschützt.⁶⁹⁷ Der Tatbestand schützt *Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse*⁶⁹⁸ vielmehr indirekt, indem deren *Verwertung* und *Weitergabe* verboten ist, wo entsprechende Geheimnisse vorher (insbesondere durch *Auskundschaften* – vonseiten der Täterin oder des Täters oder durch Dritte) *unrechtmäßig erlangt*⁶⁹⁹ wurden.

697 Vgl. hierzu auch FRICK, BSK UWG 6 N 4f.; SUTTER, Komm UWG 6 N 4ff.; jeweils m. w. H.

698 Siehe 315 ff. Zur Differenzierung der Begriffe ferner auch FRICK, BSK UWG 6 N 16 ff. sowie SUTTER, Komm UWG 6 N 66 ff.; jeweils m. w. H.

699 In der Lehre ist umstritten, ob von einer *unrechtmäßigen Erlangung* ausgegangen werden kann, wenn einem das Geheimnis «zufällt» – beispielsweise indem Geheimnisträger:innen diese versehentlich ausplaudern. Während das *Gros* der Lehre dies in der Tendenz abzulehnen scheint, gibt es Stimmen, die immer von einer unrechtmäßigen Erlangung ausgehen wollen, wo Empfänger:innen nicht von Geheimnischerrinnen und Geheimnisherren als solche vorgesehen sind beziehungsweise der Wille derer nicht dahin geht, die Empfänger:innen in den Kreis der Eingeweihten einschließen zu wollen. Vgl. hierzu im Detail FRICKER, BSK UWG 6 N 40 ff. sowie SUTTER, Komm UWG 6 N 62 ff.; jeweils m. w. H. Klar scheint dagegen, dass die Passage «[Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse,] die er *auskundschaftet* oder sonst wie *unrechtmäßig erfahren hat*» aus UWG 6 in Zusammenhang mit der Strafbarkeit nach UWG 23 I als *objektive Strafbarkeitsbedingung* zu interpretieren ist (vgl. zum Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingung statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 8 N 27 ff.). Der in UWG 23 I geforderte Vorsatz muss sich mit Blick auf UWG 6 folglich nicht hierauf erstrecken.

Die Norm steht mit Whistleblowing insofern in Verbindung, als die Verletzung von illegalen oder illegitimen Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen nach StGB 162 zwar nur für Eingeweihte strafrechtlich relevant werden kann. Werden derartige Geheimnisse indes von den Meldeempfängerinnen und Meldeempfängern weiterverbreitet, können damit strafrechtliche Konsequenzen einhergehen.

408

3. Zwischenfazit

Aus der Analyse der ausgewählten nebenstrafrechtlichen Bestimmungen geht hervor, dass sich auch im Nebenstrafrecht – insbesondere mit BankG 47, RAG 40 oder UWG 23 – Strafdrohungen finden, die für Whistleblower:innen von höchster Relevanz sind, während mit Blick auf andere der beleuchteten Normen ebendieser Schluss nicht gleichermaßen zwingend erscheint. Der Vollständigkeit halber soll nachfolgend noch auf Straftatbestände aufmerksam gemacht werden, die mit dem definitorisch eigentlich bereits ausgesonderten *Pseudo-Whistleblowing* in Zusammenhang stehen dürften.

409

D. Zur Strafbarkeit von Pseudo-Whistleblowing

Wie im vorangegangenen Kapitel gezeigt, spielen missbräuchliche Meldungen («*Pseudo-Whistleblowing*») lediglich eine untergeordnete Rolle bei der Betrachtung des Gesamtphänomens.⁷⁰⁰ Es soll daher nachfolgend nicht vertieft auf jene Missbrauchsfälle eingegangen werden – handelt es sich doch genau genommen nicht um Whistleblowing im Sinne der hier erarbeiteten Definition⁷⁰¹, weshalb eine vertiefte Darstellung am Thema vorbeiginge. Zwecks Beruhigung der kritischen Stimmen sei aber in aller Kürze auf potenzielle Strafbarkeiten von *Pseudo-Whistleblowing* hingewiesen:

410

Zum einen stellt der Tatbestand der falschen Anschuldigung nach StGB 303 jene Fälle unter Strafe, in denen Täter:innen einen Unschuldigen – in der Absicht, gegen diesen eine Strafverfolgung herbeizuführen – gegenüber einer Behörde *wider besseres Wissen* eines Verbrechens oder Vergehens

411

700 Vgl. 90 und 368.

701 Vgl. 304.

I. Die wichtigsten Straftatbestände

(Ziff. 1 Abs. 1) oder einer Übertretung (Ziff. 2) beschuldigen. StGB 303 I. II droht weiter jenen Täterinnen und Tätern Strafe an, die mit gleicher Absicht *in anderer Weise arglistige Veranstaltungen* treffen. Hiervon ist gemäß Bundesstrafgericht beispielsweise auszugehen, wo sich die Täter:innen nicht direkt an die Behörde wenden, aber damit rechnen könnten, dass diese informiert werde.⁷⁰²

- 412 Zum anderen sei betreffend missbräuchliche Meldungen auf den 3. Titel, *Strafbare Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich*, im Allgemeinen und den darin befindlichen Straftatbestand der *Verleumdung* nach StGB 174 im Besonderen hingewiesen. Nach Ziff. 1 Abs. 1 dieser Norm wird bestraft, wer jemanden *wider besseres Wissen* bei einem:einer Dritten eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer, rufschädigender Tat-sachen beschuldigt oder verdächtigt. Ziff. 2 sieht eine qualifizierte Strafan-drohung vor, wo der:die Täter:in *planmäßig* darauf aus ist, den guten Ruf einer Person zu untergraben.
- 413 *In puncto Pseudo-Whistleblowing* bedeutet dies, dass missbräuchliche An-schuldigungen, die ein *illegales* Verhalten zum Inhalt haben, regelmäßig von StGB 303 erfasst sein dürften,⁷⁰³ gerade auch da, wo die Meldung nicht direkt an eine Behörde gelangt. Dort wo der Vorwurf auf ein *illegitimes* Verhalten heraußläuft, dürfte im Regelfall StGB 174 greifen. Damit dürfte gegen die allermeisten Fälle (böswilligen) *Pseudo-Whistleblowings* ein hin-reichender strafrechtlicher Schutz bestehen. Abschließend sei ferner darauf hingewiesen, dass darüber hinaus zivilrechtliche Schutznormen bemüht werden könnten.⁷⁰⁴
- 414 In Anbetracht aller Ausführungen erscheinen die vonseiten der Gegner von Whistleblowing oft vorgebrachten Missbrauch-Mahnungen klar nonfigura-tiv.

702 BStGer BB.2016.24 E. 2.4.1. Damit positiviert der Auffangtatbestand die Varianten der *mittelbaren Täterschaft* von StGB 303. Zum Konstrukt der mittelbaren Täter-schaft vgl. statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 13 N 20 ff.

703 Gleiches würde für StGB 174 gelten – gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung konsumiert StGB 303 die *Verleumdung* jedoch; vgl. BGE 69 IV 114, 116 sowie 80 IV 58 E. 1.

704 Man denke beispielsweise an die Normen zum Persönlichkeitsschutz gemäß ZGB 28 ff.

E. Fazit

Die Analyse der bestehenden Strafdrohungen des Kern- und Nebenstrafrechts hat erstens ergeben, dass in der Schweiz der *materielle Geheimnisbegriff*⁷⁰⁵ von großer Bedeutung ist und Whistleblower:innen zweitens *de lege lata* verschiedentlichen Straftatbeständen gegenüberstehen, die sie durch ihr Verhalten erfüllen könnten. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass neben den notorischsten Tatbeständen in StGB 320 f. oder BankG 47 eine Vielzahl weiterer Strafdrohungen zu berücksichtigen sind. Weiter kann konstatiert werden, dass diese nicht alle dieselben Tatbestandsmerkmale enthalten. Vielmehr sind einige der Normen etwa als Gefährdungs- (z. B. StGB 267⁷⁰⁶), andere als Verletzungsdelikte (z. B. StGB 162⁷⁰⁷) ausgestaltet, was einen direkten Einfluss auf die Strafbarkeit der Whistleblower:innen hat.

Nachdem ein tatbestandsmäßiges grundsätzlich auch ein rechtswidriges Verhalten impliziert,⁷⁰⁸ drängt sich an dieser Stelle die Vermutung auf, dass Whistleblowing regelmäßig ein strafrechtliches Unrecht (und – zumindest im Regelfall – auch ein strafbares Verhalten) darstellt; es sei denn, es bestünden nach geltendem Recht hinlängliche Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe. Zwecks Klärung der Frage nach dem Schutzbedürfnis von Whistleblowing, muss hernach daher untersucht werden, inwiefern sich dieses aktuell rechtfertigen oder entschuldigen lässt.

705 Vgl. 309 ff.

706 Vgl. 314 ff.

707 Vgl. 325 ff.

708 Vgl. statt vieler STRATENWERTH, StGB AT I, § 10 N 1 m. w. H.

II. Legitimation

Im Anschluss an die obige Übersicht über die wesentlichen Tatbestände im Kern- und Nebenstrafrecht, die durch Whistleblowing verletzt werden könnten, gilt es nachfolgend zu beleuchten, ob und wie sich ein solches Verhalten *de lege lata* legitimieren lässt. Auf diese Weise sollte es gelingen, etwaige Mängel des aktuell geltenden Rechts herauszuarbeiten. 417

Nachfolgend ist daher zuerst auf die Möglichkeit der Ein- und Bewilligung sowie den Notstand einzugehen. Alsdann werden spezialgesetzliche Regelungen aufgezeigt, die unter gewissen Voraussetzungen eine rechtfertigende Wirkung zeitigen. Nachstehend wird der außergesetzliche Rechtfertigungsgrund der *Wahrnehmung berechtigter Interessen*⁷⁰⁹ beleuchtet. 418

A. Einverständnis/Einwilligung/Bewilligung

Die Fälle des Einverständnisses, der Einwilligung und der Bewilligung bieten bezüglich der oben genannten Auswahl an Tatbeständen⁷¹⁰ eine offensichtliche Möglichkeit der Exemption, auf die in einigen Fällen sogar im Gesetz verwiesen wird. StGB 321 2. sieht beispielsweise vor, dass sich der Täter nicht strafbar macht, wenn er das Geheimnis entweder aufgrund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf Gesuch des Täters erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten (Aufsichts-) Behörde offenbart hat. Ähnlich lautende Bestimmungen finden sich in StGB 320 2. sowie NBG 49 IV. 419

709 In Lehre und Rechtsprechung oft: «Wahrung», wobei PAYER trefflich ausführt, dass es sich nicht um ein bloßes «negativ-statistisches Abwehrrecht» handelt, «sondern auch die Durchsetzung zukunftsgerichteter Ziele erlaubt [...]», weshalb die Wahrnehmung als «Oberbegriff für die Wahrung **und** die Durchsetzung berechtigter Privat- oder Allgemeininteressen» zu bevorzugen ist. PAYER, Wbi,189 m. w. H. Bereits LENCKNER und vor ihm NOLL sprachen von der Wahrnehmung berechtigter Interessen. Vgl. LENCKNER, 243 m. w. H.

710 Vgl. Kapitel 3, 305 ff.

II. Legitimation

1. Einverständnis und Einwilligung

- 420 Was die Einwilligung betrifft, wird in weiten Teilen der schweizerischen Lehre zwischen der *tatbestandsausschließenden* und der *rechtfertigenden Einwilligung* unterschieden. Erstere schließt die Tatbestandsmäßigkeit des Täterinnen- und Täterverhaltens aus, während Letztere die Widerrechtlichkeit eines tatbestandsmäßigen Verhaltens aufhebt.⁷¹¹ Die schweizerische Lehre ist in der Unterscheidung dieser Varianten dogmatisch unpräziser als die deutsche, da sie meist in beiden Fällen von «Einwilligung» spricht. Die herrschende deutsche Lehre bezeichnet erstere Variante indes – in Abgrenzung von einer (eigentlichen) Einwilligung – als *Einverständnis*, zumal der Begriff «Einwilligung» (im technischen Sinne) in Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit des Verhaltens steht.⁷¹² In der vorliegenden Arbeit wird daher ebenfalls von (tatbestandsausschließendem) *Einverständnis* und (rechtfertigender) *Einwilligung* gesprochen.
- 421 Eine gültige *Einwilligung* setzt voraus, dass der:die Verletzte erstens die (alleinige) Verfügungsmacht über das Rechtsgut innehalt, was logisch nur der Fall sein kann, wo sogenannte *Individualrechtsgüter* geschützt werden, und dass die Einwilligung zweitens auf einer *eigenverantwortlichen Entscheidung* beruht und dass der:die Täter:in drittens von der Einwilligung *im Zeitpunkt der Tat Kenntnis* hat.⁷¹³
- 422 Hinsichtlich der Geheimnisverratstatbestände ergibt sich hieraus zum einen, dass eine Einwilligung allein dort möglich ist, wo die Tatbestände Individualinteressen zu schützen suchen. Zum anderen kann eine gültige Einwilligung lediglich bestehen, wo der:die Geheimnisherr:in *vor* Verletzung des Geheimnisses explizit in die Verletzung eingewilligt hat, und zwar frei von Zwang und im Wissen um die Gesamtumstände.⁷¹⁴ Ferner sei an dieser Stelle auf die zusätzliche Überlegung OBERHOLZERS hingewiesen, wonach mit Blick auf *materielle Geheimnisse*⁷¹⁵ nur dann von einer

711 Vgl. hierzu beispielsweise STRATENWERTH, AT I, § 10 N 8 ff.

712 Vgl. hierzu statt vieler ENGLÄNDER, MüKomm StGB-D, Vorbemerkung zu § 32 N 14 f. sowie ESCHELBACH, BeckOK StGB-D, § 228 N 8 f.; jeweils m. w. H.

713 Vgl. statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 10 N 12 ff. (zur Verfügungsmacht), § 10 N 20 ff. (zur eigenverantwortlichen Entscheidung) sowie § 10 N 24 (zum Täter:innen-Wissen).

714 Vom Vorliegen des Grunderfordernisses der Urteilsfähigkeit der Geheimnisherrin oder des Geheimnisherrn wird hier einmal ausgegangen.

715 Vgl. 309 ff.

Einwilligung auszugehen sei, wenn sich diese auf eine *partielle Geheimnisverletzung* (im Sinne einer Verletzung gegenüber einem ausgewählten Personenkreis) erstrecke, während andernfalls in Ermangelung des nötigen Geheimhaltungswillens aufseiten der Geheimnischerrin oder des Geheimnischerrn bereits das Vorliegen eines materiellen Geheimnisses zu negieren sei.⁷¹⁶

Abschließend sei in dem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass sich mit Blick auf die Einwilligung durch eine juristische Person weitere Fragen stellen. Im Lichte der Bestimmung in ZGB 55 I dürften es grundsätzlich die Organe einer Gesellschaft sein, die rechtsverbindlich einwilligen können. Inwiefern selbiges beispielsweise auch gelten kann, wenn sich verschiedene Interessen (etwa einzelner Eigentümer:innen und dem Unternehmen als solchem) entgegenstehen, ist wenigstens nicht ohne Weiteres zu beantworten.⁷¹⁷

423

2. Bewilligung

In Abgrenzung zur Einwilligung ist von einer *Bewilligung* die Rede, wenn die Instanz, die der Verletzung der Geheimniswahrungspflicht zustimmt, nicht Geheimnischerr:in ist.⁷¹⁸ Dies lässt sich anhand der Normen in StGB 321 2. sowie 321^{bis} II exemplifizieren: Die Legislative will mit diesen Normen (wenigstens primär) die (Individual-) Interessen der Klientel schützen. Besagte Klientel muss als Geheimnischerr:in in die Verletzung einwilligen können. Ferner sieht das Gesetz die *subsidiäre* Möglichkeit vor, dass stattdessen die (Aufsichts-) Behörde (StGB 321 2.) oder die Ethikkommission (StGB 321^{bis} II) die Verletzung (schriftlich) bewilligen kann. Die

424

716 Vgl. zum Ganzen OBERHOLZER, BSK StGB II 321 N 22. Ob diesbezüglich dann von einer tatbestandsausschließenden Einwilligung auszugehen wäre, erklärt OBERHOLZER nicht. In diesem Fall wäre von einer Sonderform auszugehen. Dies beispielsweise im Gegensatz zu StGB 179^{bis} I, wo die Einwilligung aller Beteiligten als Tatbestandsmerkmal explizit erwähnt wird und erst deren Fehlen eine Strafbarkeit zu begründen vermag. Im Resultat würde die Sonderform konzeptionell dem Grundkonzept wenigstens insofern entsprechen, als in beiden Fällen ein tatbestandsbegründendes Merkmal nicht vorläge.

717 Vgl. hierzu etwa REBSAMEN, 442 f.; zum allg. Problem der Einwilligung bei mehrpersonenbetroffenen Persönlichkeitsverletzung HAFTER, 1ff.; exemplarisch für die Diskussion in Deutschland etwa MEISTER, 37 ff.

718 Deshalb spricht StGB 320 2. von einer «Einwilligung» durch die vorgesetzte Behörde, während in StGB 321 2. von einer «Bewilligung» die Rede ist.

II. Legitimation

Subsidiarität dieser Lösung ergibt sich beispielhaft aus dem Verweis in StGB 321^{bis} II auf HFG 34. Darin ist statuiert, dass auf die Einwilligung *ausnahmsweise* verzichtet werden könne, wenn es (unter anderem) *unmöglich oder unverhältnismäßig schwierig* sei, eine solche einzuholen. Demzufolge darf eine Verletzung der Geheimniswahrungspflicht auf Grundlage einer Bewilligung höchstens außerordentlich und – im Gegensatz zur Einwilligung – nur da erfolgen, wo das Gesetz eine solche explizit vorsieht.

B. Rechtfertigender Notstand

- 425 Der rechtfertigende Notstand ist in StGB 17 geregelt. Er setzt voraus, dass die Täter:innen ein eigenes oder fremdes Rechtsgut aus einer nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten suchen und dabei höherwertige Interessen wahren. Gemäß der schweizerischen Legislative und der herrschenden Meinung sind einzig Individualrechtsgüter notstandsfähig.⁷¹⁹
- 426 Da Whistleblower:innen regelmäßig *Allgemeininteressen* zu wahren suchen, können sie sich mithin nicht auf einen rechtfertigenden Notstand berufen, sondern müssen auf die *Wahrnehmung berechtigter Interessen* als notstandsähnlichen Rechtfertigungsgrund ausweichen.⁷²⁰
- 427 Wie im Rahmen der Ausführungen zur *Wahrnehmung berechtigter Interessen* gezeigt wird, würde eine Berufung auf Notstand ferner regelmäßig am Erfordernis der *strikten Subsidiarität* scheitern.⁷²¹

C. Spezialgesetzliche (Rechtfertigungs-) Normen

- 428 Die schweizerische Rechtsordnung kennt ferner einzelne spezialgesetzliche Bestimmungen, die Fälle von Whistleblowing von einer Sanktionierung

719 Vgl. BBl 1999 2006; für die Rechtsprechung exemplarisch BGE 94 IV 68 E. 2 sowie für die Lehre, statt vieler NIGGLI/GÖHLLICH, BSK StGB 17 N 5 ff. m. w. H. Betreffend die mögliche Rechtfertigung von Whistleblowing nach deutschem Recht vgl. etwa SPÄTH, 384 ff. m. w. H.

720 Vgl. hierzu am Beispiel des «Klimanotstandes» auch PAYER, Klima, 27 ff. sowie THOMMEN/MATTMANN, 29 ff.; jeweils m. w. H. Zur Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams vgl. auch ROXIN, 443 ff.; für die Schweiz etwa DOBLER, 125 ff.; jeweils m. w. H.

721 Vgl. 441 ff.; zum angesprochenen Problem insbesondere 452 ff.

ausnehmen. *Exemplarisch* wird nachfolgend auf BPG 22a und GwG 11 Bezug genommen.⁷²²

Ähnlich wie bei den Überlegungen zu Einverständnis, Einwilligung und Bewilligung muss angesichts der nachfolgenden Ausführungen konstatiert werden, dass – wie der Titel vermuten lässt – ein etwaiger Schutz nur speziellen Personengruppen zukommt. 429

1. Art. 22a BPG

Eine der wichtigsten Normen findet sich in BPG 22a. Wichtig insoweit, als die Norm erstens mit dem gesamten Bundespersonal einer signifikanten Anzahl an Personen einen Whistleblowing-Schutz bietet und ihr zweitens betreffend die möglichen Ausweitungen des Whistleblowing-Schutzes eine gewisse Vorbildfunktion zukommt, derer sich die Legislative bewusst zu sein scheint. Die Norm wurde 2011 infolge der Motion Gysin⁷²³ sowie des darauffolgenden Postulats Marty⁷²⁴ eingeführt. Da sich die Schweiz dem Druck der OECD und später der Europaratsskommission GRECO ausgesetzt sah, deren Empfehlungen zu folgen und insbesondere als Anti-Korruptionsinstrument einen Whistleblowing-Schutz einzurichten, wurde mit BPG 22a I eine Anzeigepflicht von Offizialdelikten sowie mit BPG 22a IV ein Melderecht von weiteren – nicht *per se* illegalen – Vorgängen geschaffen. Die Norm zielt damit explizit nicht allein auf die Korruptionsbekämpfung ab.⁷²⁵ In BPG 22a V findet sich ferner ein Verbot der beruflichen Benachteiligung von Personen, die *im guten Glauben* (unter anderem) Anzeige oder Meldung erstattet haben. Letztere Norm ist insbesondere in Verbindung mit dem in BPG 34c (I a.) statuierten Kündigungsschutz zu lesen.

Wenngleich Abs. 5 lediglich keinerlei *berufliche Benachteiligung* vorsieht, 431 dürfte in Bezug auf den Wortlaut in BPG 22a I klar sein, dass die darin statuierte Whistleblowingpflicht den Schluss zulässt, dass ein strafrechtlich relevantes Verhalten (beispielsweise in Form einer Amtsgeheimnisverlet-

⁷²² Es ist nicht ausgeschlossen, dass damit nicht alle bestehenden Normen von der Arbeit erfasst werden.

⁷²³ Motion 03.3212, «*Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption*», vom 7. Mai 2003.

⁷²⁴ Postulat 03.3344, «*Schutzmaßnahmen für Whistleblowers*», vom 19. Juni 2003.

⁷²⁵ Vgl. zum Ganzen BBl 2008 8181 f. m. w. H.

II. Legitimation

zung) mithilfe StGB 14 zu rechtfertigen sein müsste.⁷²⁶ Abs. 4 regelt ferner zwar ein bloßes Whistleblowingrecht; die Ausübung eines Rechtes muss aber gleichfalls rechtfertigende Wirkung i. S. v. StGB 14 entfalten – weil dieses andernfalls sinnentleert würde.⁷²⁷

- 432 Auch wenn sich die strafrechtliche Relevanz der Norm nur implizit und im Zusammenspiel mit StGB 14 ergibt: Klar scheint, dass die Tatbestandsmäßigkeit etwaiger Geheimnisverletzungen im Regelfall zu bejahen wäre, da ein Ausschluss explizit zu erfolgen hätte.⁷²⁸ Ähnliches würde nach hier vertretener Ansicht gelten, wo die Legislative das strafrechtlich relevante Verhalten lediglich entschuldigen wollte. Rein systematisch dürfte man BPG 22a somit – i. V. m. StGB 14 – als («echte») Rechtfertigungsnorm für Whistleblowing verorten.

2. Art. II GwG

- 433 Ein weiteres Beispiel einer Spezialnorm findet sich in GwG II. Diese schützt Finanzintermediäre, Händlerinnen und Händler (sowie deren Revisionsstelle), Selbstregulierungsorganisationen (SRO), Anwältinnen und Anwälte sowie Notarinnen und Notare unter anderem explizit vor den strafrechtlichen Konsequenzen einer Amts-, Berufs- oder Geschäftsgeheimnisverletzung, wo diese insbesondere mit der gutgläubig erstatteten Meldung i. S. v. GwG 9 einhergeht.⁷²⁹ Die in dieser Arbeit entwickelte Definition von Whistleblowing⁷³⁰ würde auch eine Verdachtsmeldung nach GwG 9 erfassen. Was GwG II anbelangt, könnte somit von einer Whistleblowing-Norm gesprochen werden.

726 Das Handeln *in gutem Glauben* i. S. v. Abs. 5 vorausgesetzt – ist andernfalls auch nicht von Whistleblowing auszugehen; vgl. Ausführungen zu *Pseudo-Whistleblowing* 410 ff.

727 StGB 14 legitimiert explizit denjenigen, der handelt, wie es das Gesetz «gebietet oder erlaubt». Weiter enthält beispielsweise StGB 15 (rechtfertigende Notwehr) ebenfalls einzig ein Notwehrrecht und keine Notwehrpflicht.

728 Beispielsweise wie in § 5 des Geschäftsgeheimnisgesetzes (Deutschland), der besagt: «[...] die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses fällt nicht unter die Verbote des § 4 [...].» (Hervorhebung durch den Autor) und damit bereits die Tatbestandsmäßigkeit i. S. v. § 4 bereits abspricht. Vgl. hierzu LEITE, 131 f.

729 Vgl. GMÜNDER/GOROVTSOVA, 78. Ferner ist in GwG II neben dem Strafausschluss auch ein zivilrechtlicher Haftungsausschluss enthalten.

730 Vgl. 301 ff.

Konkret regelt GwG 11, dass besagte Personengruppen *nicht* für die (Geheimnis-) Verletzungen *belangt* werden. Fraglich ist, ob diese Formulierung tatbestandsausschließend, rechtfertigend oder schuldausschließend zu verstehen ist. Sprich, ob es sich bei GwG 11 um eine Rechtfertigungsnorm *im technischen Sinne* handelt. Die Legislative schweigt sich zum strafrechtlichen Charakter von GwG 11 aus.⁷³¹

Ein Tatbestandsausschluss lässt sich mit Blick auf den Wortlaut ausschließen, denn dieser insinuiert, dass eine Verletzung durchaus Bestand hat, die Verletzer:innen für diese jedoch nicht zur Verantwortung gezogen werden (können).⁷³² Die Formulierung, man könne nicht belangt werden, entspricht ferner nicht einer klassischen Schuldausschlussklausel.⁷³³ Weiter wäre die Schuldfrage der individuellen Täter:innen im Einzelfall zu klären – handelt es sich dabei doch um das Element der *persönlichen (oder individuellen) Vorwerfbarkeit*.⁷³⁴ Die Verletzer:innen müssten mithin durchaus Rechenschaft ablegen. All dies sowie der Umstand, dass die Rechtswidrigkeit systematisch vor der Schuldfrage zu klären wäre, spricht dafür, GwG 11 als Rechtfertigungsnorm zu betrachten. Zu diesem Schluss kommen scheinbar auch LUCHSINGER sowie THELESKLAF, obschon sie sich mit eingangs gestellter Frage nicht (explizit) beschäftigen.⁷³⁵

731 Vgl. BBl 2007 6287.

732 Das Verb «belangen» bedeutet in der Rechtssprache gemäß DUDEK, jemanden «zur Rechenschaft/Verantwortung [zu] ziehen, [zu] verklagen»; vgl. hierzu DUDEK online, «belangen», <<https://www.duden.de/rechtschreibung/belangen>> (11. Oktober 2021). Sprachlich scheint dieser Schluss mithin zulässig.

733 Diese lautet in der Regel: «[...] handelt nicht schuldhaft [...].»

734 Vgl. hierzu statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 8 N 22 ff.

735 LUCHSINGER beschreibt zum einen (ausnahmsweise) «*nicht gerechtfertigte*» Mel- dungen und zum andern vermutet er (*in puncto* etwaiger Ehrverletzungen), dass eine Rechtfertigung via StGB 14 zu erreichen sei. Vgl. LUCHSINGER, SHK GwG 11 N 4, 17 f. und 21. THELESKLAF hält seinerseits in wenigen Worten fest, dass man auf Grundlage einer «*systematischen Auslegung des GwG, des StGB und des OR*» zum Schluss kommen müsste, dass es des GwG 11 im Grunde nicht bedürfte. Bezuglich die strafrechtlichen Belange scheint er insinuieren zu wollen, dass eine gegebenenfalls vorkommende Strafbarkeit in Anwendung von StGB 14 (beispielsweise i. V. m. GwG 9) auch ohne GwG 11 entfallen müsste. Vgl. THELESKLAF, OFK GwG 11 N 4. Ob die Einschätzung von THELESKLAF juristisch tragfähig ist, kann an dieser Stelle offenbleiben. Allein aus dem Umstand, dass die Legislative sich aufgrund der Feststellungen in einem Länderbericht, nach denen die Rechtslage in der Schweiz eine Verurteilung zulassen würde, entschlossen hat, GwG 11 anzupassen, lässt sich jedoch schließen, dass die Legislative die Rechtsansicht von THELESKLAF anscheinend nicht teilt. Vgl. hierzu BBl 2007 6287 sowie LUCHSINGER, SHK GwG 11 N 4–9.

II. Legitimation

- 436 GwG 11 ist – wie BPG 22a⁻⁷³⁶ als Rechtfertigungsnorm zu verstehen. Eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Verletzung etwaiger (Geheimnisverrats-) Tatbestände aus dem Kernstrafrecht dürfte sich im Zusammenspiel mit StGB 14 ergeben.
- 437 Wie die bisherigen Ausführungen in diesem Kapitel offenbaren, reichen die bisher dargestellten Rechtfertigungsgründe nicht aus, Whistleblowing gesamthaft (oder wenigstens in befriedigendem Maße) zu rechtfertigen. Zwar entfalten die erläuterten *spezialgesetzlichen* Normen eine rechtfertigende Wirkung – es kann sich jedoch nur darauf berufen, wer aufgrund seiner beruflichen Stellung von den Schutznormen erfasst ist. Dieser Personenkreis ist beschränkt. Ferner ergibt sich weder aus den bestehenden Regelungen zum Notstand – geschweige denn aus den Überlegungen zu Einverständnis, Einwilligung und Bewilligung – eine (hinreichende) Rechtfertigung.
- 438 Die vorliegenden Betrachtungen sind deshalb nachfolgend auf *außergesetzliche Rechtfertigungsgründe* auszuweiten.

D. Außergesetzliche Rechtfertigung

- 439 Nachstehend ist auf den *außergesetzlichen, notstandsähnlichen*⁷³⁷ Rechtfertigungsgrund der *Wahrnehmung berechtigter Interessen* einzugehen. Dieser bildete, wie in der Einleitung ausgeführt,⁷³⁸ bis im Frühjahr 2022 Ausgangspunkt der legislatorischen Bemühungen⁷³⁹ und der politischen Debatte. Als außergesetzlicher Rechtfertigungsgrund hat die Wahrnehmung berechtigter Interessen zumindest theoretisch das Potenzial, *allen* Whistleblowerinnen und Whistleblowern eine Rechtfertigung ihres deliktischen Handelns zu ermöglichen.

736 Vgl. 432.

737 Vgl. 425 f. Für die deutsche Lehre unterscheidet ESER zwischen drei Lehrmeinungen betreffend die Wahrnehmung berechtigter Interessen. Zum einen die herrschende Meinung, die von einem Fall des allgemeinen Güterabwägungsprinzips ausgehe – darunter fallen als Teilkategorie auch diejenigen, die in der Wahrnehmung berechtigter Interessen einen übergesetzlichen Notstand erkennen – zum andern die Auffassung, die sie als erlaubtes Risiko versteht und zum dritten diejenige, die sie als eine Ausprägung des Grundrechts auf Meinungsäußerungsfreiheit verortet. Vgl. ESER, 27 ff. m. w. H.

738 Vgl. 10 f. sowie 492 ff.

739 Parlamentarische Initiative 12.419.

Nachfolgend sollen deren konstitutiven Voraussetzungen, wie sie sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergeben, erläutert werden. Dabei soll insbesondere die Frage geklärt werden, inwiefern der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen in seiner aktuellen Form Whistleblowing zu rechtfertigen vermag beziehungsweise in welchem Umfang sich oben angekündigtes Potenzial realisieren lässt. 440

1. Zum Rechtfertigungsgrund

Gemäß Bundesgericht könne die Wahrnehmung berechtigter Interessen nur zur Rechtfertigung angerufen werden, «*wenn die Tat ein notwendiges und angemessenes Mittel ist, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen, die Tat also insoweit den einzigen möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht*». 740 441

Der Wortlaut erinnert nicht zufällig an die aktuelle Formulierung des rechtfertigenden Notstandes in StGB 17. Da der Rechtfertigungsgrund gemäß Bundesgericht das negative Potenzial habe, den strafrechtlichen Rechtsgüterschutz auszuhöhlen und zu unterlaufen,⁷⁴¹ seien die (restriktiven) Voraussetzungen analog StGB 17⁷⁴² abzuverlangen.⁷⁴³ Dass die Notstandsvoraussetzungen indes nicht *tel quel* zu übernehmen sind, zeigen

740 Vgl. BGE 146 IV 297 E. 2.2.1; 134 IV 216 E. 6.1; 127 IV 122 E. 5.c); 126 IV 236 E. 4.d). In der italienischen Fassung 127 IV 166 E. 2.b).

741 Vgl. BGE 129 IV 6 E. 3.3.

742 Beziehungsweise der zum Urteilszeitpunkt (20. April 1989; vgl. 743) gültigen Notstandsregelung in Art. 34 aStGB, der – anders als der heutige StGB 17 – wenigstens nicht *expressis verbis* eine «*Wahrung höherwertiger Interessen*» vorsah, sondern den Schutz eigener (in Ziff. 1) sowie fremder Güter (in Ziff. 2) von der *Zumutbarkeit* dessen Preisgabe (wenigstens nach heutigem Verständnis einem Element der *Schuld*; vgl. statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 8 N 25) abhängig machte. Die damalige Formulierung ähnelte eher dem heutigen StGB 18 (zum entschuldbaren Notstand). Nur die heute in StGB 17 befindliche Klausel «*aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten*» fand sich in Art. 34 aStGB. Dennoch vereinte Art. 34 aStGB gemäß damalig herrschender Lehre und Rechtsprechung in sich sowohl den rechtfertigenden als auch den entschuldbaren Notstand – wobei Ersterer unter anderem ebenfalls die «*Wahrung des höherwertigen der widerstreitenden Interessen*» voraussetzte (vgl. STRATENWERTH, (a)AT I, § 10 N 49 ff.; TRECHSEL, (a)AT I, 107 ff. sowie 146 ff.; DERS., KK aStGB 34 N 1 sowie 14 zur Kasuistik; jeweils m. w. H.).

743 Vgl. BGE 115 IV 75 E. 4.b) m. w. H.

II. Legitimation

die nachfolgenden Ausführungen. Aus genannter Definition⁷⁴⁴ ergeben sich folgende Merkmale:

- 443 Es bedarf eines *berechtigten Ziels* – sprich: eines *berechtigten Interesses*. Klar ist dahingehend, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowohl private als auch allgemeine Interessen als schutzwürdig in Betracht kommen;⁷⁴⁵ anders als beim Notstand, wo gemäß herrschender Lehre und Rechtsprechung (im Unterschied beispielsweise zu Deutschland⁷⁴⁶) allein die Wahrung von Individualinteressen geschützt ist.⁷⁴⁷ Anlässlich der Verfolgung jenes Interesses muss der:die Täter:in – in Anlehnung an StGB 17 – in der Wahl seiner Mittel *strikt subsidiär*⁷⁴⁸ handeln und die verfolgten Interessen müssen *proportional*⁷⁴⁹ zu den verletzten sein.⁷⁵⁰ Die zur Verfolgung des berechtigen Ziels begangene Tat muss mithin einer *Verhältnismäßigkeitsprüfung*⁷⁵¹ standhalten. Hinsichtlich der subjektiven Seite muss der Täter in der *Absicht* handeln, das berechtigte Ziel/Interesse zu verfolgen.⁷⁵²

744 Vgl. 441.

745 So auch PAYER, Wbl, 189 m. w. H. in Fn. 30 und 3.

746 Vgl. hierzu statt vieler PERRON, Komm StGB-D, § 34 N 10 m. w. H.

747 Vgl. hierzu statt vieler NIGGLI/GÖHRLICH, BSK StGB I, 17 N 5 m. w. H.

748 Ergibt sich aus dem Passus: «[...] ein notwendiges und angemessenes Mittel [...] insoweit (also) den einzigen möglichen Weg darstellt». Insbesondere im Lichte der neuerlichen Rechtsprechung in BGE 146 IV 297 E. 2.2.1.: «Sowohl der rechtfertigende wie der entschuldbare Notstand [...] [sowie] die Notstandshilfe steh[en] deshalb unter der Voraussetzung der **absoluten Subsidiarität**. Entsprechendes gilt für den außergesetzlichen Rechtfertigungegrund der **Wahrung berechtigter Interessen** [...]» (Hervorhebungen durch den Autor).

749 Ergibt sich aus dem Passus: «[...] und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht».

750 Jene Begrifflichkeiten verwendet auch das Bundesgericht; vgl. die italienischsprachige Variante, BGE 127 IV 166 E. 2.b). In der deutschsprachigen Variante ist neuerdings auch von strikter oder «absoluter» Subsidiarität die Rede. Vgl. BGE 146 IV 297 E. 2.2.1.

751 Also die Klärung der Fragen, ob das gewählte Vorgehen/Mittel *geeignet, erforderlich* und *angemessen* (oder *verhältnismäßig i. e. S.*) war. Ähnliches ergibt sich aus der Analyse des Kollegen PAYER. Vgl. DERS., Wbl, 191 f. m. w. H.

752 Dies ergibt sich scheinbar aus dem Passus: «[...] um ein berechtigtes Ziel zu erreichen [...].» So auch PAYER, Wbl, 189 f. m. w. H. Fraglich scheint, ob bereits eine eventualvorsätzliche Interessenverfolgung ausreichend wäre; unter Beachtung der gewählten Formulierung ist dies jedoch abzulehnen.

Aus der Systematik bei PAYER⁷⁵³ ergeben sich weitere, mögliche Kriterien. Er unterscheidet: «3. Keine abschließende Entscheidung des Interessenkonfliktes durch das geltende Recht»⁷⁵⁴ und «4.3 Ausschöpfung des Rechtswegs»⁷⁵⁵. Das Bundesgericht erwägt einmal: «Auch für den Bereich des Urheberrechts muss gelten, dass Interessenkonflikte [...] jedenfalls in der Regel im Urheberrechtsgesetz selber abschließend entschieden sind und eine Berufung [...] auf den außergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen nur ausnahmsweise in Betracht kommt»⁷⁵⁶, und andernorts: «Voraussetzung für den Rechtfertigungsgrund [...] ist daher grundsätzlich, dass zuvor der Rechtsweg [...] beschritten und ausgeschöpft worden ist.»⁷⁵⁷ Es drängt sich diesbezüglich die Frage auf, ob jene Kriterien tatsächlich unterscheidbar sind oder ob es sich nicht vielmehr um zwei Seiten derselben Medaille handelt. Weiter ist zu prüfen, ob sich die Kriterien als Voraussetzungen eignen.

Klar ist, dass bei Fehlen von gesetzlichen Regelungen für den Konflikt das Kriterium der Ausschöpfung des Rechtsweges dahinfallen muss. Ferner muss in Anbetracht des ersten Zitats konstatiert werden, dass sich diese Voraussetzung im Grunde aus dem Legalitätsprinzip in BV 5 sowie der methodischen Grundlage zur Rechtsanwendung in ZGB 1⁷⁵⁸ ergibt: Das geschriebene Recht ist der Rechtsfindung *praeter legem* (Gewohnheits- oder Richterrecht) vorzuziehen.⁷⁵⁹ Weiter beschreiben beide Zitate einen Regelfall,⁷⁶⁰ von dem gemäß der Rechtsprechung ausnahmsweise abgewichen werden kann. So wurde beispielsweise in BGE 117 IV 170 festgehalten, dass auf die Ausschöpfung des Rechtsweges (und damit die Berücksichtigung der bestehenden gesetzlichen Regelungen) verzichtet werden könne, wenn «das angestrebte, hochwertige Ziel innert vernünftiger Frist auf lega-

753 Die wiederum aus den bundesgerichtlichen Ausführungen abgeleitet ist. PAYER, Wbl, 189.

754 Vgl. PAYER, Wbl, 190 mit Hinweis auf BGE 120 IV 208 E. 3a.

755 Vgl. PAYER, Wbl, 192 mit Hinweis auf BGE 129 IV 6 E. 3.3 m. w. H.

756 BGE 120 IV 208 E. 3a.

757 BGE 129 IV 6 E. 3.3.

758 Diese gilt für das öffentliche Recht im Allgemeinen und (mit Einschränkungen) für das Strafrecht. Vgl. hierzu statt vieler HONSELL, BSK ZGB 1 N 8 m. w. H.

759 Vgl. hierzu statt vieler HONSELL, BSK ZGB 1 N 8 ff., 20 und 23 jeweils m. w. H. Ähnlich auch PAYER, Wbl, 190 m. w. H.

760 BGE 120 IV 208 E. 3a. besagt: «[...] in der Regel [...]» und «[...] nur ausnahmsweise [...]». BGE 129 IV 6 E. 3.3. meint: «Voraussetzung [...] ist daher **grundsätzlich** [...]» (Hervorhebung durch den Autor).

II. Legitimation

lem Wege nicht erreicht werden kann».⁷⁶¹ Medienschaffenden attestierte das Bundesgericht – in Nachachtung des verfassungsmäßigen Rechts in BV 17 – dahingehend eine noch weitreichendere Ausnahmestellung. Diese dürften sich auch ohne Zeitnot auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen stützen, selbst wenn die Beschreitung des Rechtswegs möglich gewesen wäre.⁷⁶²

- 446 Aus der Betrachtung der Genese dieses Kriteriums ergeht somit, dass eine Berufung auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen selbst dann möglich sein muss, wenn ausführliche rechtliche Bestimmungen zur Konfliktlösung bestehen. Dies, obschon das Bundesgericht das vermeintlich erste Kriterium im jüngeren Entscheid, BGE 146 IV 297, gar als scheinbar absolutes verstanden haben will – wird es dort wie folgt umschrieben: «Der [...] übergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen [...] kommt nur zum Tragen, wenn das geltende Recht den Konflikt nicht bereits abschließend geregelt hat [...].»⁷⁶³ Dabei stützt es sich als einzige Quelle auf TRECHSEL/GETH⁷⁶⁴, die sich ihrerseits einzig auf den oben zitierten BGE 120 IV 208 berufen. Eine Begründung, weshalb auf den ursprünglichen Ausnahmeverbehalt⁷⁶⁵ zu verzichten wäre, ist den genannten Quellen indes nicht zu entnehmen und erschließt sich nicht. Die obigen Ausführungen verdeutlichen, dass das Bestehen rechtlicher Bestimmungen (und deren Vorrang) für sich betrachtet kaum ein nennenswertes Kriterium zu konstituieren vermag.
- 447 Ähnliches kann im Hinblick auf die Ausschöpfung eines etwaigen Rechtsweges gesagt werden, denn jene Möglichkeit ist bereits angelegentlich der Verhältnismäßigkeitsprüfung – genauer bei der Frage nach dem geeigneten, mildernden Mittel – zu berücksichtigen, da die Beschreitung des Rechtswegs in aller Regel (unter Berücksichtigung der genannten Ausnahmen⁷⁶⁶) ein milderndes Mittel zur Verfolgung des berechtigten Ziels darstellen dürfte.⁷⁶⁷

761 BGE 117 IV 170 E. 3c.

762 Vgl. zum Ganzen BGE 6B_225/2008 E. 3.5.

763 BGE 146 IV 297 E. 2.2.1. m. w. H.

764 TRECHSEL/GETH, StGB 14 N 13.

765 Vergleicht man die oben zitierte Formulierung in BGE 120 IV 208 E. 3a. mit derjenigen in BGE 146 IV 297 E. 2.2.1., kommt man nicht umhin festzustellen, dass sich das Bundesgericht im früheren Entscheid einer vorsichtigeren Formulierung bediente. Wie obige Betrachtung zu den Ausführungen in BGE 117 IV 170 E. 3b. ferner zeigen, enthielt die frühere Formulierung nicht zufällig einen expliziten Vorbehalt.

766 Vgl. 445.

767 Zu einem ähnlichen Schluss kommt wohl auch PAYER. Vgl. hierzu PAYER, WbI, 192 f. m. w. H.

Somit kann bis hierher festgehalten werden, dass der notstandsähnliche, außergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen – in Anlehnung an StGB 17 – (einzig) voraussetzt, dass der:die Täter:in ein *berechtigtes Interesse* (oder *Ziel*) verfolgt und dabei in Mittelwahl und -einsatz den *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* strikt einhält. 448

2. Etwaige Hürden für Whistleblower:innen

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, *wie* ein Ziel geartet sein muss, um nach Ansicht des Bundesgerichts als *berechtigtes* zu gelten. Während sowohl private als auch allgemeine Interessen infrage kommen,⁷⁶⁸ ist in Bezug auf Letztere die Einschränkung zu berücksichtigen, dass ein allzu abstraktes Allgemeininteresse (beispielsweise ein allgemeines Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit) nach Ansicht des Bundesgerichts nicht als berechtigtes Interesse gelten dürfe.⁷⁶⁹ Dies ist in Hinsicht auf Fälle von Whistleblowing insofern beachtlich, als sich diese eher selten auf den Schutz von Individualinteressen berufen können, sondern durch ihr Verhalten Allgemeininteressen zu wahren suchen. Im Schrifttum wurde der Versuch unternommen, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zusammenzufassen, und zwar dahingehend, dass entweder verfassungsmäßig garantierte Freiheitsrechte *ausgeübt* oder sozial erwünschte oder gebilligte Zustände (auf Kosten anderer Interessen) *hergestellt* werden müssen.⁷⁷⁰ In Anbetracht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist indes zu konstatieren, dass *Whistleblowing* bislang meist nicht als *Herstellung eines sozial erwünschten oder gebilligten Zustandes* verstanden wird.⁷⁷¹ 449

Das augenfälligste Problem liegt nicht in der Art des verfolgten Interesses, denn es ist denkbar, dass ein ausreichend bestimmbares Allgemeininteresse geltend gemacht werden kann, sondern vielmehr in der besagten Verhältnismäßigkeitsprüfung – genauer in der *strikten Subsidiarität*.⁷⁷² Das Problem ist dabei ein zweifaches:

768 Vgl. 443.

769 Vgl. hierzu PAYER, WBI, 189 m. w. H. in Fn. 34.

770 Vgl. zum Ganzen PAYER, WBI, 189 m. w. H. in Fn. 32.

771 Vgl. hierzu exemplarisch die Begründung im Falle der bereits eingangs dieser Arbeit angesprochenen Sozialarbeiterinnen des Kantons Zürich; BGE 6B_305/2011 E. 4.

772 So moniert auch RIKLIN die strenge Praxis des Bundesgerichts mit Blick auf die Erforderlichkeit, wenigstens dann, wenn sich unterschiedlich geeignete Mittel ge-

II. Legitimation

- 451 Zum einen bietet die Frage nach dem *geeigneten, milderen Mittel* den Gerichten regelmäßig die Möglichkeit, bei der Findung alternativer Handlungswege der eigenen Fantasie nahezu freien Lauf zu lassen. Dies ergibt sich in Zusammenhang mit der bei vielen Whistleblowing-Konstellationen fehlenden oder schwer fassbaren *Unmittelbarkeit der Gefahr*. Dabei handelt es sich um eine Voraussetzung des Notstandes. Der Grad der Unmittelbarkeit fließt dort indirekt auch in die Beurteilung des mildereren Mittels ein: Je länger der:die gefährdete Rechtsgutsträger:in Zeit hat, nach mildereren Lösungsansätzen zu suchen, desto mehr mildere Mittel wird er:sie finden können und desto mehr ist er:sie gehalten, daraus das allermildeste zu wählen oder sich frühzeitig von der entstehenden Gefahrenquelle zu entfernen und so eine sich abzeichnende Notstandssituation gar nicht erst entstehen zu lassen.⁷⁷³ Zwar lässt sich, wie gezeigt,⁷⁷⁴ die Voraussetzung der Unmittelbarkeit der bundesgerichtlichen Definition für die Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht entnehmen – scheinbar hat sie aber dennoch Einfluss auf die Erwägungen. Im oben erwähnten Fall erwog das Bundesgericht, dass die Whistleblowerinnen verschiedenste interne und gegebenenfalls auch externe Stellen hätten kontaktieren können, bevor sie den Medien *Interna* zuspielten. Diesen expliziten Erwägungen lagen vermutlich die impliziten Überlegungen zugrunde, dass die Whistleblowerinnen nicht *unmittelbar* zur Gefahrenabwehr veranlasst waren.⁷⁷⁵ Als mögliche interne Stellen wurden der Rechtsdienst, die Ombudsstelle und die Geschäftsprüfungskommission ins Feld geführt. All dies mit dem minimalen (und rein formalistischen) Zugeständnis, dass den Whistleblowerinnen «*wohl* [...]»

genüberstehen. Nach ihm wird diesbezüglich übersehen, dass es um die *geeignetste* aller zur Verfügung stehenden Möglichkeiten geht. Vgl. RIKLIN, 545 und 548.

773 Wer von einem wilden Bären verfolgt wird, dem wird vonseiten des Gerichts kaum abverlangt, zu überlegen, auf welchem Wege er am *schönendsten* in die schützende Waldhütte eindringen könnte. zieht sich jedoch auf der Wanderung im hochalpinen Gebirge langsam ein Sturm zusammen, wird der Gefährdete an einer umfassenderen Prüfung seiner Handlungsalternativen gemessen werden. Er wird erst im äußersten Notfall und unmittelbar vor Eintritt der Gefahr in die rettende SAC-Hütte einbrechen dürfen. Vgl. hierzu auch STRATENWERTH, AT I, § 10 N 45. Noch wichtiger ist die Erwägung, was sogenannte *Dauergefahren* betrifft. Vgl. hierzu statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 10 N 43.

774 Vgl. 441 ff.

775 Auch ESER erkennt darin einer der Schwachpunkte des Verständnisses der Wahrnehmung berechtigter Interessen als notstandsähnlicher Rechtfertigungsgrund. Vgl. ESER, 29 f. m. w. H.

nicht abverlangt werden [konnte], dass sie alle Ämter und Behörden kontaktierten, die als Ansprechpartner irgendwie in Betracht kommen könnten».⁷⁷⁶

Diese Ausführungen exemplifizieren ferner den zweiten Aspekt des Problems: Es wird Whistleblowerinnen und Whistleblowern faktisch nicht nur abverlangt, dass sie sich intensiv mit der Frage auseinandersetzen, an welche internen oder externen Stellen sie gelangen könnten, sondern vielmehr, dass sie im Vorhinein richtig prophezeien, welche Stellen in einer späteren gerichtlichen Beurteilung als geeignete Alternativen gegen sie ins Feld geführt werden könnten. Dass diese – meist laienhaften⁷⁷⁷ – Prognosen regelmäßig verdammt sind fehlzulaufen, ist offensichtlich. Wird es den Gerichten doch (fast) immer gelingen, aus der Fülle an theoretisch geeigneten Ämtern und Behörden eine weitere, geeignete Anlaufstelle herzovzubringen.⁷⁷⁸ Es sei denn, man gehe als Whistleblower:in tatsächlich *alle* Ämter und Behörden an. Ein Vorgehen, das einem vonseiten des Gerichts alsdann notgedrungen als noch eklatantere Verletzung des Amtsgeheimnisses angelastet werden müsste.

Ob Whistleblower:innen die vermeintlich fehlende Unmittelbarkeit der Gefährdung vorgeworfen werden sollte, ist vor dem Hintergrund der nachfolgenden Überlegung mindestens in Zweifel zu ziehen. Zwar wirkt das Bestreben des Bundesgerichts, mit einer enorm restriktiven Anwendung des außergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen vorzubeugen, dass der Rechtsgüterschutz ausgehöhlt und unterlaufen werde, *prima vista* einleuchtend und begrüßenswert. Der Notstand (StGB 17) setzt aber eine strikte Subsidiarität aus der Überlegung voraus, dass beim Notstand zur Gefahrenabwehr regelmäßig in Rechtsgüter unbeteiligter Dritter eingegriffen werden muss, um das bedrohte Rechtsgut

⁷⁷⁶ Vgl. zum Ganzen BGE 6B_305/2011, E. 4.2. (Hervorhebung durch den Autor). Vgl. auch die Ausführungen KONOPATSCHS zum Problem der strikten Subsidiarität, wobei sie den hier besprochenen Erwägungen des Bundesgerichts – im Vergleich zum ersten Entscheid aus dem Jahre 1968 betreffend den damaligen Detektivwachtmeister Meier – wenigstens ein teilweises Zugeständnis an Whistleblower:innen entnehmen will, insofern als sie die Ausführungen so interpretiert, dass das Bundesgericht die Berichterstattung an *eine* externe Stelle hätte genügen lassen. Vgl. KONOPATSCH, Whistleblowing Schweiz, S. 220 m. w. H.

⁷⁷⁷ Die meisten Whistleblower:innen sind keine Rechtsexpertinnen und -experten und/oder Prophetinnen und Propheten.

⁷⁷⁸ Was das Bundesgericht in seinem oben zitierten Statement implizit sogar eingesandt.

II. Legitimation

zu schützen.⁷⁷⁹ In vielerlei Whistleblowing-Konstellationen ist hingegen zumindest zweifelhaft, inwiefern ein illegal (oder zumindest illegitim) handelndes Amt oder Unternehmen – gerade, wenn es durch spätere Whistleblower:innen bereits auf die ein oder andere Weise auf den Missstand aufmerksam gemacht wurde – als gleichermaßen «unbeteiligt» verstanden werden kann.⁷⁸⁰

- 454 Schließlich ist auch der letzte Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht unproblematisch – die Frage nach der *Proportionalität* der Verletzung. Im Kern geht es dabei um die Frage, ob durch die Geheimnisverletzung *klar höherwertige Interessen gewahrt* wurden. Diese Bewertung ist nicht zuletzt von rechtspolitischen Überlegungen beeinflusst. In der frei-marktwirtschaftlich organisierten Schweiz, in der finanzielle Interessen bekanntermaßen eine wichtige Rolle spielen, dürfte der Schutz von Geheimnisinteressen juristischer Personen (insbesondere namhafter Steuersubjekte) regelmäßig hoch gewichtet werden. Auch dem staatlichen Geheimnisschutz – gerade, wo er der Sicherheit und Integrität der Eidgenossenschaft und/oder einem seiner Kantone dient – kommt eine große Bedeutung zu. Diese Gewichtung wird zusätzlich dadurch verstärkt, dass Whistleblower:innen in der Schweiz (zu Unrecht⁷⁸¹) noch immer als Plage denn als Segen verstanden werden. Vor diesem Hintergrund wird es regelmäßig nur in den eindeutigsten aller Fälle gelingen, aufzuzeigen, dass durch den Geheimnisverrat in der Tat wichtiger als wirtschaftliche oder (Staatssicherheits-) Interessen gewahrt wurden.

779 Vgl. statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 10 N 43. Um auf das Beispiel in Fn. 773 zurückzukommen: Um sich vor dem wilden Bären in Sicherheit zu bringen, muss man in die fremde Waldhütte einbrechen (Hausfriedensbruch und gegebenenfalls Sachbeschädigung). Ähnliches konstatiert auch KONOPATSCH, wenn sie zur Erkenntnis gelangt, dass den öffentlichen Interesse Aufdeckung von Missständen ein berechtigtes Interesse der Arbeitgeber:innen an der Wahrung von Loyalitäts- und Treuepflichten sowie an der Aufrechterhaltung des guten Rufs sowie sonstiger Geheimhaltungsinteressen entgegensteht und daher eine an keinerlei Voraussetzung gebundene Informationsweitergabe «*weder rechtsstaatlich vertretbar noch gesellschaftspolitisch wünschenswert*» sei. Vgl. zum Ganzen KONOPATSCH, Whistleblowing Schweiz, 222 f.

780 Im Gegenteil könnte das fehlbare Unternehmen oder die fehlbare Behörde als Angreifer:innen der berechtigten Interessen betrachtet werden. Vgl. hierzu auch die nachfolgenden Ausführungen zu den Erwägungen der EU unter 503 f.

781 Vgl. 22 ff., insbesondere 110 f.

E. Konklusion

Im Hinblick auf die aktuellen Rechtfertigungsmöglichkeiten von Whistleblowing in der Schweiz lassen sich folgende Schlüsse ziehen: 455

Aus den obigen Ausführungen zu *Einverständnis*, *Einwilligung und Bewilligung*⁷⁸² geht hervor, dass die Legitimation kraft einer *Einwilligung* beispielsweise bezüglich StGB 267 oder 293 von vornherein nicht infrage kommen kann – schützen diese doch keine Individualinteressen.⁷⁸³ Wie erläutert, fällt eine Exemption infolge Bewilligung ferner in Ermangelung der hierfür notwendigen gesetzlichen Grundlage dahin. 456

Betreffend Whistleblowing ist weiter anzumerken, dass ein solches wenigs-tens im Regelfall gerade dann vorliegt, wenn der:die Geheimnischerr:in sich weigert, in die Verletzung einzuwilligen.⁷⁸⁴ Aufgrund der genannten Voraussetzungen einer Einwilligung⁷⁸⁵ kann der:die Geheimnischerr:in zu-dem – sollte er:sie denn mit dem Whistleblowing wider Erwarten einver-standen sein – nachträglich keine rechtsgültige Einwilligung in die Verlet-zung mehr vornehmen. 457

Die Ein- und Bewilligung bietet Whistleblowerinnen und Whistleblowern somit keinen strafrechtlichen Schutz. 458

Ähnliches lässt sich angesichts obiger Ausführungen zum außergesetzli-chen Rechtfertigungsgrund der *Wahrnehmung berechtigter Interessen*⁷⁸⁶ sa-gen. Zwar böte dieser – theoretisch – den weitreichendsten Schutz für Whistleblower:innen.⁷⁸⁷ Wie die bundesgerichtliche Praxis indes zeigt, macht die strenge Auslegung der Voraussetzungen – insbesondere die geforderte *strikte Subsidiarität* und *Proportionalität* – das rechtfertigende Potenzial zunichte. 459

782 Vgl. 419 ff.

783 Vgl. 326 und 334.

784 Beispielsweise weil er oder sie den gesetzlichen Geheimnisschutz derart zweckent-fremdet, als dass dieser nur dazu dient, illegale oder illegitime Machenschaften geheim zu halten.

785 Vgl. 420.

786 Vgl. 439 ff.

787 Ergänzend hierzu macht KONOPATSCH geltend, dass der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen «dem Erfordernis einer stark einzelfallbezo-genen Betrachtungsweise» besser gerecht werde als eine auf bestimmte Fallkonstel-lationen zugeschnittene (und mithin an konkrete Voraussetzungen geknüpfte) Straf-bestimmung zu Whistleblowing. KONOPATSCH, Whistleblowing Schweiz, 223.

II. Legitimation

- 460 Den besten Schutz bieten die *spezialgesetzlichen Normen*⁷⁸⁸ in BPG 22a sowie GwG II. Beide ermöglichen eine Rechtfertigung von Geheimnisverratsverletzungen im Zuge von Whistleblowing via StGB 14. Problematisch ist einzig, dass die Normen nicht allen Whistleblowerinnen und Whistleblowern zur Rechtfertigung dienen können; vorausgesetzt ist vielmehr eine Unterstellung der Täter:innen unter eines der genannten Spezialgesetze.
- 461 Eine umfassende oder wenigstens weitreichende Legitimation ist *de lege lata* somit unerreicht und auch nicht ohne Weiteres zu erreichen.
- 462 Im nachfolgenden Teil der Arbeit sind daher Lösungsansätze zu entwickeln, die einen befriedigenden, strafrechtlichen Whistleblowing-Schutz gewährleisten.

788 Vgl. 428 ff.