

§ 16 DELIKTE GEGEN DIE AMTS- UND BERUFSPFLICHT

I. EINFÜHRUNG

Der 18. Titel des StGB enthält Sonderdelikte. Den traditionellen Kern dieses Titels bilden Delikte, welche spezifisch durch Beamte begangen werden können. In neuerer Zeit traten recht umfangreiche Regelungen über spezifische Berufsgeheimnisse (Art. 321^{bis} und 321^{ter} StGB) sowie Art. 28 ff. StGB ergänzende medienrechtliche Regelungen (vgl. dazu RIKLIN, AT, § 20) hinzu.

Die Amtsdelikte im StGB sind nicht abschliessend geregelt, so dass daneben Raum besteht für kantonales Übertretungsstrafrecht und Disziplinarstrafen (DONATSCH/WOHLERS, IV, 443). Für die Anwendung von Art. 312 kommt es nicht darauf an, ob auch eine Disziplinarstrafe verhängt wird (vgl. BGE 99 IV 13).

Früher waren hier auch die Bestechungstatbestände zu verorten, welche mit der Ausdifferenzierung der Regelung in einen eigenen (den 19.) Titel des StGB umgelagert wurden.

II. ZUM BEGRIFF DES BEAMTEN

Lit.: N. OBERHOLZER, Kommentar zu Art. 110 Abs. 3 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (zit. Oberholzer, Art. 110 Abs. 3).

In den meisten Tatbeständen des 18. Titels figurieren (teilweise nebst anderen Personenkategorien) Beamte als mögliche Täter. Der Begriff des Beamten ist bei all diesen Tatbeständen gleich auszulegen, so dass die Frage vorweg behandelt werden kann.

Massgebend für den Begriff des *Beamten* im strafrechtlichen Sinn ist die amtliche Funktion, nicht der formelle Beamtentitel (vgl. OBERHOLZER, Art. 110 Abs. 3 N 7; HEIMGARTNER, vor Art. 258 N 4; STRATENWERTH, BT/3, § 57 N 5; TRECHSEL, Kommentar, Art. 110 N 11 f.). Unmassgeblich ist, ob es sich um Personen handelt, die permanent oder nur provisorisch respektive vorübergehend ein Amt bekleiden. Insofern fallen darunter einerseits die Beamten im öffentlich-rechtlichen Sinne, andererseits die zumeist auf unbestimmte Zeit gewählten Angestellten im öffentlichen Dienst sowie, zusätzlich, Arbeitskräfte mit einem provisorischen oder gar keinem Dienstverhältnis (STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 5; OBERHOLZER, Art. 110 Abs. 3 N 12). Keine Rolle spielt auch, ob es sich um eine entgeltliche Tätigkeit oder bloss um ein Ehrenamt handelt (BGE 68 IV 151 f.; OBERHOLZER, Art. 110 Abs. 3 N 12).

Beamter ist mithin jemand, der eine dem Staat zustehende öffentlich-rechtliche (staatliche) Aufgabe erfüllt. Diese Aufgabe braucht nicht hoheitlicher Natur zu sein (BGE 91 IV 73; STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 5); Beamtenqualität ist auch gegeben, wenn ein Gemeinwesen nicht als Träger von Hoheitsrechten sondern privatrechtlich auftritt. Ein Postangestellter z.B. übt eine öffentlich-rechtliche Aufgabe nichthoheitlicher Natur im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsbetriebes aus, jedenfalls insoweit, wie ein solcher Betrieb ein Monopol ausübt. Das gleiche gilt für die Ehefrau eines Postangestellten, wenn sie ihren Mann vertritt. Dies kann z.B. bei der Beamtenurkundenfälschung aktuell werden (weil diesfalls kein Amtsmissbrauch vorliegt).

Nicht als Beamter i.S.v. Art. 110 Abs. 3 gilt jedoch, trotz Ausübung amtlicher Funktionen, wer zum Gemeinwesen in keinem Abhängigkeitsverhältnis steht, wie beispielsweise eidgenössische Geschworene, Parlamentarier oder andere Mitglieder einer Behörde (BGE 121 IV 116, 221; STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 6.; a.M. TRECHSEL, N 11 zu Art. 110).

III. AMTSMISSBRAUCH UND ÄHNLICHE DELIKTE

Für den Amtsmissbrauch und die ihm verwandten Delikte ist typisch, dass Träger öffentlicher Funktionen bei deren Ausübung sachfremde Zwecke verfolgen, meist zum eigenen Vorteil (STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 1), oder aber, dass sie zwar legitime Ziele verfolgen, aber zu deren Erreichung in unverhältnismässiger Weise Gewalt anwenden (BGE 104 IV 22 f.). Es geht zudem um die rechtsgetreue Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse (DONATSCH/WOHLERS, IV, 443).

A. Amtsmissbrauch (Art. 312)

Lit.: G. FREY / E. OMLIN, Amtsmissbrauch, die Ohnmacht der Mächtigen, Eine Analyse der Amtsmissbrauchsnorm mit Blick auf die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden, AJP 2005, 82-90; S. HEIMGARTNER, Kommentar vor Art. 285 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (zit. Heimgartner, vor Art. 258); S. HEIMGARTNER, Kommentar zu Art. 312 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (zit. Heimgartner, Art. 312).

1. Objektiver Tatbestand

a. Täter

Täter kann nur ein Beamter oder ein Mitglied einer Behörde sein (vgl. Art. 110 Abs. 3). Amtsmissbrauch ist somit ein echtes Sonderdelikt.

Zum Begriff des Beamten vgl. vorne § 16 II.

Neben dem Beamten nennt Art. 312 ausdrücklich auch das Mitglied einer *Behörde* als potentiellen Täter.

Der Begriff der Behörde stellt einen Sammelbegriff für alle Arten von Organen dar, die für das Gemeinwesen öffentliche Funktionen ausüben (BGE 114 IV 34, 35). Der Unterschied zum Beamten besteht in der Abwesenheit der für diesen typischen Abhängigkeit (STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 7). Solche Behörden, wie z.B. staatliche Kommissionen, setzen sich oft nicht oder nicht nur aus Beamten zusammen.

b. Tathandlung

Tathandlung ist der Missbrauch der Amtsgewalt. Die Amtsgewalt besteht darin, dass der Täter aufgrund seines Amtes die Berechtigung hat, *Zwang* auszuüben (HEIMGARTNER, Art. 312 N 6). Ein Missbrauch der Amtsgewalt liegt dann vor, wenn der Täter die *Machtbefugnisse*, die ihm sein Amt verleiht, unrechtmässig anwendet, d.h. kraft seines Amtes verfügt (Zwang ausübt), wo dies nicht geschehen darf (BGE 88 IV 71, 99 IV 13 f., 101 IV 410, 104 IV 23, 108 IV 49, Konkretisierung der Rechtsprechung in BGE 127 IV 209 E. 1b; vgl. HEIMGARTNER, Art. 312 N 7). Es geht um Verfügungen in Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt. Der Tatbestand wird also nicht durch belie-

bige pflichtwidrige Handlungen von Beamten erfüllt, sondern nur dann, wenn ein Beamter die rechtliche Möglichkeit zur Ausübung von Zwang für sachfremde Zwecke nutzt oder sachfremden Zwang einsetzt. Die Anwendung von Art. 312 ist jedoch nicht auf Fälle beschränkt, in welchen der Täter einen amtlichen Zweck verfolgt (BGE 127 IV 209, 213). Es kommt bei Zwang und Gewalt durch Beamte nur darauf an, „ob der Täter seine besonderen Machtbefugnisse ausgenützt hat, er die Tat gewissermassen unter dem Mantel seiner amtlichen Tätigkeit begangen und dabei die ihm obliegenden Pflichten verletzt hat.“ (BGE 127 IV 209, 213; STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 9; HEIMGARTNER, Art. 312 N 14; DONATSCH/WOHLERS, IV, 444).

Denkbar sind also folgende Konstellationen:

- Der Täter setzt aus sachfremden Gründen Zwang ein (HEIMGARTNER, Art. 312 N 10; Beispiel: Ein Untersuchungsrichter setzt eine im unsympathische Person in Untersuchungshaft, um diese zu ärgern, obwohl keine Haftgründe gegeben sind);
- Der Täter setzt grundlos Zwang ein (BGE 127 IV 209, 213);
- Der Täter setzt klar unverhältnismässige Mittel ein, um einen an sich legitimen Zweck zu verfolgen (HEIMGARTNER, Art. 312 N 11; TRECHSEL, Kommentar, Art. 312 N 6; Beispiel: Ein Polizist versetzt während eines Verhörs einem Verhafteten einen Faustschlag, um diesen gefügig zu machen: Die Befragung ist an sich legitim, der Einsatz körperlicher Gewalt jedoch unverhältnismässig).

Dies impliziert auch, dass der Tatbestand dann nicht erfüllt ist, wenn der Beamte nicht Zwang ausübt, sondern aus sachwidrigen Gründen eine begünstigende Verfügung erlässt (Beispiel: Erlass einer Polizeibewilligung, obwohl die Voraussetzungen nicht erfüllt sind). Ebenfalls nicht tatbestandsmässig ist die sachwidrige Auflösung von Zwang (Beispiel: Einstellung eines Strafverfahrens) oder das sachwidrige Verfugen zu Lasten des Gemeinwesens (HEIMGARTNER, Art. 312 N 13).

Verneint wurde der Missbrauch der Amtsgewalt, wenn bei Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages für das Gemeinwesen Amtspflichten (Ausstandspflichten) verletzt wurden (BGE 101 IV 407 ff.)

2. Subjektiver Tatbestand

Subjektiv ist erstens Vorsatz verlangt, der auch das Bewusstsein der Täterqualifikation erfordert (HEIMGARTNER, Art. 312 N 21; STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 11). Weiterhin muss der Täter einen Vorteil bzw. Nachteil bezüglich des Betroffenen anstreben (HEIMGARTNER, Art. 312 N 22; STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 12). Demnach ist der Amtsmissbrauch ein Absichtsdelikt. Der angestrebte Vorteil braucht nicht ein geldwerter Vorteil zu sein. Die angestrebten Vorteile müssen unrechtmässig sein; für die Nachteile gilt keine Einschränkung, jede „ideelle“ Beeinträchtigung (z.B. durch eine Misshandlung), jeder massive Ärger müsste ausreichen (STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 12; HEIMGARTNER, Art. 312 N 22).

3. Konkurrenzen

Werden im Zuge eines Amtsmissbrauchs Individualgüter des Opfers beeinträchtigt, besteht echte Konkurrenz (etwa zu Art. 122 ff., 180, 181, 183, 186 StGB; Idealkonkur-

renz) (BGE 99 IV 14; HEIMGARTNER, Art. 312 N 23; STRATENWERTH, § 57 N 16; DONATSCH/WOHLERS, IV, 448).

Im Verhältnis zu anderen Amtsdelikten wird grundsätzlich echte Konkurrenz angenommen (STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 15; vgl. auch HEIMGARTNER, Art. 312 N 23, Art. 313 N 12; DONATSCH/WOHLERS, IV, 447).

B. Gebührenüberforderung (Art. 313)

Lit.: S. HEIMGARTNER, Kommentar zu Art. 313 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (zit. Heimgartner, Art. 313).

1. Objektiver Tatbestand

Art. 313 regelt einen Spezialfall des Missbrauchs der Amtsstellung. Der Missbrauch erfolgt hier durch die finanzielle Ausbeutung mittels Erhebung nichtgeschuldeter oder nicht in dieser Höhe geschuldeter Gebühren (STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 17).

Auch bei Art. 313 handelt es sich um ein Sonderdelikt. Im Gegensatz zu Art. 312 kann der Tatbestand ausschliesslich durch Beamte (vgl. vorne § 16 II.) erfüllt werden.

Mit *Gebühren, Taxen oder Vergütungen* sind materielle Leistungen gemeint, welche an den Staat entrichtet werden müssen (STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 20).

Der Täter muss mittels einer *Täuschung* (ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal) beim Opfer den *Irrtum* hervorrufen, dass die Abgaben dem Staat tatsächlich in der beschriebenen Höhe geschuldet seien (STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 20; HEIMGARTNER, Art. 313 N 5, 7 f.; DONATSCH/WOHLERS, IV, 448). Gibt der Beamte dagegen zu erkennen, dass er die Leistung für sich selber einfordert, fällt er unter die Tatbestände des Korruptionsstrafrechts (z.B. Art. 322^{quater} StGB; HEIMGARTNER, Art. 313 N 7).

Der Tatbestand unterscheidet dem Wortlaut nach (aber ohne Konsequenzen hinsichtlich der Rechtsfolge) zwischen der Einforderung einer Leistung, welche gar nicht geschuldet wird (vgl. HEIMGARTNER, Art. 313 N 5 ff.) und der eigentlichen Gebührenüberforderung, bei welcher beim Opfer der Eindruck erweckt wird, eine (tatsächlich geschuldete) Gebühr sei höher als sie tatsächlich ist (HEIMGARTNER, Art. 313 N 8 f.).

Das *Erheben* von Gebühren ist als tatsächliches Einziehen zu verstehen, nicht bereits als Verlangen. Art. 313 ist demnach als Erfolgsdelikt ausgestaltet und erst dann erfüllt, wenn der Betrag tatsächlich entrichtet wurde (HEIMGARTNER, Art. 313 N 6; DONATSCH/WOHLERS, IV, 448).

2. Subjektiver Tatbestand

Es wird *Gewinnsucht* verlangt, d.h. der Täter muss nach der Bundesgerichtspraxis eine *Bereicherungsabsicht* haben (BGE 107 IV 124 ff.; HEIMGARTNER, Art. 313 N 11; DONATSCH/WOHLERS, IV, 449). Gebührenüberforderung liegt somit nicht vor, wenn ein Beamter zugunsten der Staatskasse zu hohe Gebühren einverlangt (HEIMGARTNER, Art. 313 N 11; DONATSCH/WOHLERS, IV, 449).

3. Konkurrenzen

Zu Betrug (Art. 146) besteht (bei Arglist) echte Konkurrenz (HEIMGARTNER, Art. 313 N 12; STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 25; DONATSCH/WOHLERS, IV, 450). Zum Verhältnis zu Art. 312 vgl. oben § 16 III A 3.

C. Ungetreue Amtsführung (Art. 314)

Lit.: M. A. NIGGLI, Kommentar zu Art. 314 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (zit. NIGGLI, Art. 314); M. A. NIGGLI, Vergabe und ungetreue Amtsführung (Art. 314), in: Baurecht 4/1999, 151.

1. Objektiver Tatbestand

Täter von Art. 314 StGB kann wie bei Art. 312 ein Beamter oder ein Mitglied einer Behörde sein (NIGGLI, Art. 314 N 9). Der Täter muss zum Abschluss von Rechtsgeschäften befugt sein (STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 29; NIGGLI, Art. 314 N 11 f.; gemäss BGE 91 IV 73 soll gemgegenüber auch Geschäftsführung ohne Auftrag, gemäss BGE 114 IV 133 auch „faktische Entscheidungskompetenz“ genügen).

Der Täter schädigt die von ihm zu wahren öffentlichen Interessen bei einem Rechtsgeschäft, um sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen. Privatinteressen werden auf Kosten öffentlicher bevorzugt. Der Tatbestand ist insgesamt sehr unklar formuliert (STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 29; DONATSCH/WOHLERS, IV, 453).

Die *Tathandlung* wird im Gesetz nicht umschrieben, denn „schädigen“ stellt einen Taterfolg dar und nicht eine Tathandlung (NIGGLI, Art. 314 N 13 ff.).

Der Begriff des *Rechtsgeschäfts* ist dem Privatrecht entnommen und meint die Stellvertretung des Gemeinwesens durch den Täter in privatrechtlichen Geschäften (vgl. NIGGLI, Art. 314 N 17 ff.; DONATSCH/WOHLERS, IV, 452. Beispiel: Abschluss eines Vertrags). Nicht unter Art. 314 fällt demnach hoheitliches Handeln (NIGGLI, Art. 314 N 20).

Öffentliche Interessen müssen durch Rechtsgeschäfte selber oder durch dessen Wirkungen geschädigt werden, nicht durch ungebührliches Verhalten anlässlich von Verhandlungen, die das Ansehen des Gemeinwesens ideell schädigen (Verletzung der Ausstandsvorschriften: BGE 101 IV 411). Das Verletzen öffentlicher Interessen kann finanzieller Art sein (wobei man dem Beamten - etwa bei einer Submission - einen Ermessensspielraum einräumen muss, STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 29; NIGGLI, Art. 314 N 24) oder ideeller Art (vgl. BGE 109 IV 168 ff., 111 IV 84 f.; vgl. NIGGLI, Art. 314 N 25; DONATSCH/WOHLERS, IV, 453; TRECHSEL, Kommentar, Art. 314 N 3), womit der Tatbestand jedoch stark ausgeweitet wird.

Als typisches Beispiel kommt die Submission in einer Gemeinde (etwa für ein öffentliches Bauwerk) in Betracht: Zwei Konkurrenten legen eine Offerte vor, derjenige, der die ungünstigere einreicht, wird ohne sachliche Gründe bevorzugt.

Im Ergebnis ruht die Hauptlast der Abgrenzung von Art. 314 auf dem Merkmal des Rechtsgeschäfts. Wenn es dieses Merkmal nicht gäbe (bzw. wenn es aufgeweicht würde) könnte potentiell jedes beliebige Fehlverhalten eines Beamten unter diese Be-

stimmung fallen, weil das Risiko eines ideellen Schadens kaum je völlig von der Hand zu weisen ist (vgl. NIGGLI, Art 314 N 18).

2. **Subjektiver Tatbestand**

Subjektiv ist Vorsatz verlangt. Zudem muss die Absicht vorliegen, sich oder einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, der sich aus dem Rechtsgeschäft selbst ergeben soll (NIGGLI, Art. 312 N 27 f.; weiter DONATSCH/WOHLERS, IV, 454).

3. **Konkurrenz**

In Konkurrenz mit ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158) geht Art. 314 vor (STRATENWERTH, BT/2, § 57 N 32; DONATSCH/WOHLERS, IV, 454; NIGGLI, Art. 314 N 31).

D. **Entweichenlassen von Gefangenen (Art. 319)**

Lit.: V. DELNON / B. RÜDY, Kommentar zu Art. 310 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (zit. Delnon/Rüdy, Art. 310); V. DELNON / B. RÜDY, Kommentar zu Art. 319 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (zit. Delnon/Rüdy, Art. 319).

1. **Objektiver Tatbestand**

a. **Täter**

Es geht bei Art. 319 StGB im Gegensatz zu Art. 310 StGB um die Gefangenenbefreiung durch Beamte. *Täter* kann jeder sein, welcher (auch nur vorübergehend) eine amtliche Aufsichtspflicht über Gefangene ausübt, also auch ein Fürsorger, nicht nur der Bewacher (DELNON/RÜDY, Art 319 N 6, 8; STRATENWERTH, BT/2, § 56 N 25). Die weite Strafbarkeit (auch reine Unterlassungen sind strafbar) rechtfertigt sich nur, wenn der Täter eine Garantenstellung hat (STRATENWERTH, BT/2, § 56 N 25; Bewachungspflicht, wenn der Gefangene in seiner Obhut ist). Eine solche Garantenstellung kann etwa beim Amtsarzt, der auf Gefangenenbesuch weilt, fehlen (Vgl. DONATSCH/WOHLERS, IV, 464).

b. **„Angriffsobjekt“**

Die Eigenschaften der zu befreienden Personen ist gleich zu verstehen wie in Art. 310 StGB (DELNON/RÜDY, Art 319 N 9):

- *Verhaftete* sind Personen, denen ohne materiell rechtskräftige Verurteilung auf amtliche Anordnung hin die Freiheit entzogen ist (z.B. polizeilich Festgenommene, nicht aber privat Festgenommene; DELNON/RÜDY, Art 310 N 12; STRATENWERTH, BT/2, § 56 N 4);
- *Gefangene* sind Personen, die rechtskräftig verurteilt sind und sich im Straf- oder Massnahmenvollzug befinden, sowie Personen, welche sich nach Massgabe strafprozessualer Bestimmungen in Untersuchungs- oder Sicherheitshaft befinden (DELNON/RÜDY, Art 310 N 13; STRATENWERTH, BT/2, § 56 N 4);

- *Andere auf amtliche Anordnung in eine Anstalt eingewiesene Personen* können aus strafrechtlichen Gründen (z.B. Verwahrung, sichernde Massnahmen nach Art. 42-44 StGB, Arbeitserziehungsanstalt) oder aus nicht strafrechtlichen Gründen (z.B. Fürsorgerischer Freiheitsentzug nach Art. 397a ff. ZGB) in ihrer Freiheit beschränkt sein (DELNON/RÜDY, Art 310 N 14; STRATENWERTH, BT/2, § 56 N 5).

Die Freiheitsbeschränkung muss im Zeitpunkt der Befreiung bestehen und rechtmässig sein (DELNON/RÜDY, Art 310 N 15 f.; STRATENWERTH, BT/2, § 56 N 6).

c. Tathandlungen

Das Gesetz unterscheidet zwei Tathandlungen, die analog zu Art. 310 StGB konzipiert sind:

- *Behilflich sein zur Flucht*: Diese Handlung stellt eine besondere Form der Gehilfenschaft dar, deren gesonderte Erwähnung im Gesetz erforderlich ist, weil eine strafbare Haupttat fehlt: Die Flucht aus dem Gefängnis ist eine straflose Selbstbegünstigungshandlung (vgl. STRATENWERTH, BT/2, § 56 N 13). Gleich wie bei der Gehilfenschaft genügt jeder kausale Tatbeitrag, selbst wenn der einzelne Beitrag die Flucht noch nicht zu sichern vermag (DELNON/RÜDY, Art 319 N 10).
- *Entweichenlassen*: Diese Handlung stellt das funktionale Äquivalent zum „Befreien“ von Art. 310 StGB dar und wurde lediglich aus redaktionellen Gründen anders formuliert (STRATENWERTH, BT/2, § 56 N 27). Erfasst sind sowohl die aktive Mithilfe bei Fluchtaktivitäten als auch das passive Gewährenlassen (STRATENWERTH, BT/2, § 56 N 27; DELNON/RÜDY, Art 319 N 11; DONATSCH/WOHLERS, IV, 464 f.).

Art. 319 StGB ist ein *Erfolgsdelikt*: Erlangt der Gefangene nicht wenigstens vorübergehend die Freiheit, ist der Tatbestand nicht erfüllt (DELNON/RÜDY, Art 319 N 16).

Art. 26 lässt jetzt die Bestrafung des Extraneus für ein Sonderdelikt auch in der Form der Mittäterschaft zu, schreibt allerdings Strafmilderung vor (DELNON/RÜDY, Art 319 N 15).

2. Subjektiver Tatbestand

Art. 319 verlangt in subjektiver Hinsicht Vorsatz, wobei schon Eventualvorsatz genügt (Delnon/Rüdy, Art. 319 N 13; DONATSCH/WOHLERS, IV, 465).

E. Veruntreuung durch Beamte (Art. 138 Ziff. 2 StGB)

Lit.: Vgl. die Angaben zu § 6.

Die Veruntreuung unterliegt einer qualifizierten Strafdrohung, wenn sie durch bestimmte Tätergruppen verübt wird. Es handelt sich dann um ein unechtes Sonderdelikt. Vgl. vorne § 6 III C 6. sowie NIGGLI/RIEDO, Art 138 N 146 ff.

IV. URKUNDENDELIKTE

A. Urkundenfälschung im Amt (Art. 317)

Lit.: M. BOOG, Kommentar zu Art. 110 Ziff. 5 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (zit. Boog, Art. 110 Abs. 5); M. BOOG, Kommentar zu Art. 317, in: Niggli/Wiprächtiger (zit. Boog, Art. 317).

1. Objektiver und subjektiver Tatbestand

Als Täter kommen Beamte (vgl. vorne § 16 II.) und Personen öffentlichen Glaubens in Frage. Personen öffentlichen Glaubens sind Privatpersonen, die durch staatliche Autorisation ermächtigt sind, öffentliche Urkunden auszustellen, soweit sie nicht Beamte sind (z.B. freie Notare, Friedensrichter, Gemeinbeschreiber; vgl. BOOG, Art. 110 Abs. 5 N 3; STRATENWERTH, BT/2, § 35 N 47; DONATSCH/WOHLERS, IV, 455).

Der Tatbestand setzt jedoch keine öffentliche Urkunde voraus (Postquittung; BGE 93 IV 55, 121 IV 216; BOOG, Art. 317 N 3; STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 6; DONATSCH/WOHLERS, IV, 455 f.).

Die Tatbestandsmerkmale sind grundsätzlich gleich auszulegen wie bei Art. 251 StGB (DONATSCH/WOHLERS, IV, 456). Die in Art. 317 speziell erwähnte Beglaubigung einer falschen Unterschrift, eines falschen Handzeichens oder einer falschen Abschrift ist nur ein Sonderfall der Falschbeurkundung (BOOG, Art. 317 N 4; STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 8 f.; DONATSCH/WOHLERS, IV, 456). Bei der Tathandlung der Falschbeurkundung ist (wie bei Art. 251 auch) eine erhöhte Glaubwürdigkeit der Urkunde erforderlich, welche sich nicht bereits daraus ergibt, dass ein Beamter sie hergestellt hat (BOOG, Art. 317 N 5; STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 9). Eine erhöhte Glaubwürdigkeit kann sich aber aus der organisatorischen Stellung eines Beamten ergeben. So hat das Bundesgericht den Kontrollvermerken eines Beamten, der Rechnungen inhaltlich kontrollieren musste und dann den Finanzdiensten zur Auslösung der Zahlung weiterreichte, erhöhte Glaubwürdigkeit zuerkannt, weil die Finanzdienste gar nicht in der Lage seien, die Rechnungen inhaltlich zu kontrollieren (BGE 131 IV 125, 132). Urkunden, welche nur für den innerdienstlichen Gebrauch (ohne Aussenwirkung) oder aber für private Angelegenheiten bestimmt sind, werden demgegenüber nicht unter Art. 317 gefasst (BOOG, Art. 317 N 5; STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 9).

In der Regelung ergeben sich jedoch die folgenden *Unterschiede*:

Tabelle 15 – Art. 251 und 317 StGB

	Art. 251 StGB	Art. 317 StGB
<i>Tätereigenschaft</i>	gemeines Delikt	Sonderdelikt: Beamte und Personen öffentlichen Glaubens
<i>Subjektiver Tatbestand</i>	Vorsatz	Vorsatz (Ziff. 1) und Fahrlässigkeit (Ziff. 2)
<i>Besondere subjektive Tatbestandselemente</i>	Vorteils- oder Schädigungsabsicht	--
<i>Strafrahmen (Grundtatbestand)</i>	Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe	Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe
<i>Privilegierung</i>	Leichter Fall:	--

Art. 251 Ziff. 2

Dass Beamte auch für *fahrlässige Urkundenfälschungen und Falschbeurkundungen* strafbar sind, spielt insbesondere im Zusammenspiel mit Art. 253 StGB (Erschleichen einer Beurkundung) eine Rolle (DONATSCH/WOHLERS, IV, 459). Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn der Beamte aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit (etwa bei einem vermeidbaren Irrtum) die inhaltliche Unrichtigkeit der Erklärung nicht erkennt (STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 12; BOOG, Art. 317 N 9). Bei einem Notar ist dies jedoch (da der Notar zur Beurkundung verpflichtet ist, soweit er keine objektiven Gründe für die Annahme der Unwahrheit hat) noch nicht bei beliebigen subjektiven Zweifeln an der Wahrheit der Parteierklärungen gegeben, sondern erst dann, wenn der Notar einen konkreten Verdacht (bei welchem er im Rahmen des Zumutbaren Nachforschungen anstellen müsste; BOOG, Art. 317 N 9).

2. Beteiligung von Extranei

Nach Art. 26 wird die Beamteneigenschaft allen Beteiligten zugerechnet, selbst denjenigen, die nicht amtliche Funktionen ausüben. Auch diese sind mithin nach Art. 317 zu beurteilen. Der Richter muss die Strafe aber mildern (BOOG, Art. 317 N 12).

3. Art. 317^{bis}: Nicht strafbare Handlungen

Art. 317^{bis} lautet:

¹ Wer mit richterlicher Genehmigung im Rahmen einer verdeckten Ermittlung zum Aufbau oder zur Aufrechterhaltung seiner Legende Urkunden herstellt, verändert oder gebraucht, ist nicht nach den Artikeln 251, 252, 255 und 317 strafbar.

² Wer mit richterlicher Genehmigung für eine verdeckte Ermittlung Urkunden herstellt oder verändert, ist nicht nach den Artikeln 251, 252, 255 und 317 strafbar.

Diese Bestimmung ist Teil des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung vom 20. Juni 2003 (BVE, SR 312.8). Es regelt die Modalitäten des Einsatzes verdeckter Ermittler und hält insbesondere fest, dass diesen allenfalls Vertraulichkeit zugesagt werden kann, dass also die wahre Identität der verdeckten Ermittler auch in Gerichtsverfahren nicht offengelegt wird und dass die Polizei diese verdeckten Ermittler mit einer „Legende“ ausstatten kann (Art. 6). Dazu ist erforderlich, dass der Ermittler im Rahmen seiner „Täuschungsbefugnisse“ auch Urkunden herstellen kann. Dies wird dadurch gewährleistet, dass Art. 317^{bis} StGB diese Fälle von der Strafbarkeit ausnimmt.

B. Falsches ärztliches Zeugnis (Art. 318)

Lit.: M. BOOG, Kommentar zu Art. 318 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (zit. Boog, Art. 318).

1. Objektiver Tatbestand

Täter sind bestimmte Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Hebamme), soweit sie im Besitz staatlicher Bewilligungen sind (BOOG, Art. 318 N 2; DONATSCH/WOHLERS, IV, 461). Nicht erfasst sind demnach Naturheilkundler, welche

ohne staatliche Bewilligung arbeiten, da sie den medizinischen Standesregeln nicht unterworfen sind (STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 15; BOOG, Art. 318 N 2).

Die Tathandlung besteht in der Ausstellung eines unwahren (nicht, wie der Titel suggeriert, eines unechten!) Zeugnisses. Unter *Zeugnis* versteht man ein Gesundheitszeugnis, also eine schriftliche Erklärung des Täters, worin sich dieser über die gesundheitliche Beschaffenheit eines Menschen oder eines Tieres äussert (z.B. Krankheitszustand, Therapie, Arbeitsfähigkeit; vgl. BOOG, Art. 318 N 3). Beispiele: Arbeitsfähigkeitszeugnis, Dispensation, Geburts- und Todesschein, Zeugnis z.H. der Militärbehörden (BOOG, Art. 318 N 4).

Unwahr ist ein solches Zeugnis dann, wenn es ein unzutreffendes Bild vom Gesundheitszustand des betreffenden Menschen oder Tieres vermittelt (STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 16; BOOG, Art. 318 N 3). Die ärztliche Diagnose enthält aber immer auch eine würdigende Komponente, so dass als Bezugspunkt für die Wahrheit nicht der objektive Gesundheitszustand des Objekts in Frage kommt, sondern die Vorstellung des Arztes (BOOG, Art. 318 N 3). Nach Art. 318 strafbar macht sich also der Arzt, der ein Zeugnis ausstellt, welches er für unrichtig hält, nicht hingegen derjenige, der eine Fehldiagnose stellt und diese in einem Zeugnis niederlegt.

Vorausgesetzt wird weiter eine bestimmte *Zweckbestimmung oder Eignung* des Zeugnisses, alternativ (möglicherweise teilweise überschneidend; STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 18; BOOG, Art. 318 N 7 ff.):

- zum Gebrauch bei einer Behörde (z.B. Atteste z.H.v. Schul- oder Militärbehörden oder Gerichten, Zeugnisse betreffend Arbeitsfähigkeit gegenüber Arbeitsämtern oder Sozialbehörden, Impfatteste, vgl. STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 18; BOOG, Art. 318 N 8; DONATSCH/WOHLERS, IV, 461);
- zur Erlangung eines unberechtigten Vorteils (z.B. Zeugnis der Arbeitsunfähigkeit z.H. des Arbeitgebers, Zeugnisse z.H. von Versicherungen zum Bezug von Leistungen; STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 18; BOOG, Art. 318 N 9; DONATSCH/WOHLERS, IV, 461);
- zur Verletzung wichtiger und berechtigter Interessen Dritter (diese Variante liegt gänzlich im richterlichen Ermessen, vgl. STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 10; BOOG, Art. 318, 10. Beispiel: Bestätigung, jemand sei HIV-negativ, mit der jemand zu ungeschütztem Sexualverkehr bewogen werden soll, DONATSCH/WOHLERS, IV, 462).

Es kommt nicht darauf an, ob das Zeugnis dann auch tatsächlich eingesetzt wird. Der Tatbestand ist bereits mit der Ausstellung erfüllt (DONATSCH/WOHLERS, IV, 462).

2. Subjektiver Tatbestand

Art. 318 StGB kann vorsätzlich (Ziff. 1) und fahrlässig (Ziff. 2) begangen werden.

Bei fahrlässiger Begehung muss sich die Fahrlässigkeit auf die Unwahrheit der Erklärung beziehen, ein Irrtum über die Zweckbestimmung genügt nicht (BOOG, Art. 318 N 12; DONATSCH/WOHLERS, IV, 463; kriminalpolitisches Bedürfnis verneinend STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 22). Im Zentrum stehen hier Fälle, in welchen der Arzt aufgrund einer nicht lege artis durchgeführten oder zu oberflächlichen Untersuchung zu einem falschen Ergebnis gelangt oder wenn er über einen Sachverhalt

Zeugnis ablegt, über welchen er nicht die nötigen Fachkenntnisse hat (STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 22; BOOG, Art. 318 N 12). Die Fahrlässigkeitshaftung greift also nicht bei jeder schriftlich niedergelegten Fehldiagnose.

3. Konkurrenzen

Das Verhältnis zu Art. 251 wird durch die Problemlage belastet, dass Art. 318 dem Tatbestand nach qualifiziert, der Rechtsfolge nach aber privilegiert ist (BOOG, Art. 318 N 1). Systematisch wird man Art. 318 als eine *lex specialis* zu Art. 251 bewerten müssen und entsprechend vorgehen lassen (DONATSCH/WOHLERS, IV, 463). Problematisch bleiben dann die Fälle, in welchen Art. 318 (etwa aufgrund der mangelnden Wichtigkeit von Drittinteressen) ausfällt. Wendet man in diesen Fällen Art. 251 an, können höhere Strafen ausgefällt werden als wenn Art. 318 erfüllt wäre. Schliesse man nun jedoch die Anwendbarkeit von Art. 251 für solche Fälle aus, bestünde allerdings eine unerklärliche Privilegierung der Medizinalpersonen gegenüber anderen, für die es keine Sondervorschrift gibt (STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 23; BOOG, Art. 318 N 16).

Art. 317 geht Art. 318 vor (STRATENWERTH, BT/2, § 58 N 24; BOOG, Art. 318 N 16; DONATSCH/WOHLERS, IV, 463).

V. GEHEIMNISVERLETZUNGEN

C. Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320)

Lit.: F. BOMMER, Anstiftung und Selbstverantwortung, Plädoyer 2002, 34-41; F. RIKLIN, Amtsgeheimnisverletzung durch Journalisten, Anmerkungen zu Bundesgerichtsentscheidungen vom 1. Mai 2001, *Medialex* 2001, 160-163; N. OBERHOLZER, Kommentar zu Art. 320 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (zit. Oberholzer, Art. 320); H. SCHULTZ, Die Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss StrGB Art. 320, *Kriminalistik* 1979, 369 ff.

1. Tatbestand

Täter sind Beamte oder Mitglieder einer Behörde (Art. 110), nicht z.B. die Putzfrau, die den Papierkorb leert. Die Pflicht zur Bewahrung eines Amtsgeheimnisses erlischt nicht mit dem Ausscheiden aus dem Dienst, sondern besteht – in extremis bis zum Tod des Geheimnisträgers - fort (BGE 123 IV 76 f.; OBERHOLZER, Art. 320 N 5; STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 6; DONATSCH/WOHLERS, IV, 470).

Diese Bestimmung geht vom materiellen *Geheimnisbegriff* aus (BGE 114 IV 46; OBERHOLZER, Art. 320 N 7; STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 5; DONATSCH/WOHLERS, IV, 468; TRECHSEL, Kommentar, Art. 320 N 3). Voraussetzung ist:

- relative Unbekanntheit (wirkliches Geheimnis);
- das Geheimhaltungsinteresse (es können öffentliche Geheimhaltungsinteressen sein, aber auch Geheimhaltungsinteressen Privater; vgl. TRECHSEL, Kommentar, Art. 320 N 6);

- der Geheimhaltungswille (dies ist vor allem aktuell, wenn ein Privater betroffen ist).
- Eine Geheimerklärung ist demgegenüber *nicht* nötig (anders als beim formellen Geheimnisbegriff; DONATSCH/WOHLERS, IV, 468).

Das geschützte Geheimnis kann somit auch ein privates Geheimnis sein, das in amtlicher Stellung wahrgenommen wird (BGE 116 IV 65; STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 5). Geschützt sind jedoch nur Geheimnisse, die der Täter in seiner Eigenschaft als Beamter vernommen hat. Was ein Beamter als Privatperson wahrnimmt oder wahrnehmen könnte, fällt nicht unter Art. 320 StGB (BGE 115 IV 236 f.; STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 6; OBERHOLZER, Art. 230 N 8; DONATSCH/WOHLERS, IV, 469 f.; TRECHSEL, Kommentar, Art. 320 N 7).

Die Tathandlung wird als „*offenbaren*“ umschrieben. Sie besteht darin, dass der Täter das Geheimnis einer dazu nicht ermächtigten Drittperson zur Kenntnis bringt oder diese Kenntnisnahme ermöglicht (OBERHOLZER, Art. 320 N 9; STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 7; TRECHSEL, Kommentar, Art. 320 N 8). Nach Meinung des Bundesgerichts ist die Mitteilung eines Geheimnisses an eine Drittperson auch dann eine Offenbarung iSv Art. 320 StGB, „... wenn die Drittperson ihrerseits einer Geheimhaltungspflicht untersteht und die fragliche Tatsache auch nach der Mitteilung noch ein Geheimnis darstellt“ (BGE 114 IV 48; STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 7; DONATSCH/WOHLERS, IV, 470). Im Ergebnis ist jede Mitteilung an Dritte, wobei auch eine andere Amtsstelle oder ein anderer Beamter als Dritter zu betrachten ist, im Prinzip eine Offenbarung eines Amtsgeheimnisses. Mitteilungen innerhalb der Verwaltung bilden dann keine Offenbarung, wenn sie erfolgen, um eine bestimmte amtliche Aufgabe zu erfüllen und auf dem dafür vorgesehenen Weg erfolgen (SCHULTZ, 371; OBERHOLZER, Art. 320 N 9; DONATSCH/WOHLERS, IV, 471). Ein Offenbaren ist selbst dann möglich, wenn die Drittperson die Tatsache bereits kennt oder erahnt, soweit er so an Gewissheit über seine Erkenntnisse gewinnen kann (OBERHOLZER, Art. 320 N 9; STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 7; TRECHSEL, Art. 320 N 8).

Subjektiv ist Vorsatz erforderlich (STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 9; DONATSCH/WOHLERS, IV, 471).

Kasuistik: vgl. Fall Kopp (BGE 116 IV 56 ff.).

2. **Rechtswidrigkeit**

Als Rechtfertigungsgründe müssen besonders berücksichtigt werden: Art. 14, 15 17 sowie die Wahrung berechtigter Interessen (STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 12; OBERHOLZER, Art. 320 N 11, 15; DONATSCH/WOHLERS, IV, 473 f.; TRECHSEL, Kommentar, Art. 13).

Ausserdem steht dem Staat die Verfügung über das Amtsgeheimnis zu, und ausnahmsweise dem Geheimnisherrn, wenn es sich um ein reines Privatgeheimnis handelt (DONATSCH/WOHLERS, IV, 476). Strukturell sind diese Formen der Verfügung als Rechtfertigungsgründe zu behandeln, weil es für Art. 320 ja gerade nicht auf die formelle Geheimhaltung ankommt. In Bezug auf den Staat ist das *Procedere* der „Einwilligung“ in Art. 320 Ziff. 2 StGB niedergelegt (Straflosigkeit bei schriftlicher Einwilligung der vorgesetzten Behörde; OBERHOLZER, Art. 320 N 13 ff.; STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 11; DONATSCH/WOHLERS, IV, 474 f.). In die Offenbarung eines privaten Geheimnisses kann der Geheimnisherr einwilligen, soweit nicht das Ge-

meinwesen ein eigenständiges Interesse an der Wahrung des Geheimnisses hat (STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 10; OBERHOLZER, Art. 320 N 12).

3. **Anstiftung zu Art. 320 durch eine Frage?**

Das Bundesgericht hat in BGE 127 IV 122 ff. angenommen, dass bereits die Frage nach einer geheimen Tatsache eine Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung darstellen könne. Im konkreten Fall fragte ein Blick-Reporter eine Verwaltungsassistentin der Staatsanwaltschaft an, ob bestimmte Personen (die Verdächtigen des „Fraumünster-Postraubs“) wegen Drogendelikten vorbestraft seien, worauf die Assistentin die gewünschten Informationen lieferte. Das Gericht führte aus, dass mit der Frage nicht bloss eine Situation geschaffen werde, in welcher sich der Adressat so oder anders entscheiden könne, sondern dass dadurch der Entschluss zur Antwort hervorgerufen werde („ohne Frage hätte es keine Antwort gegeben“, BGE 127 IV 122, 128).

Dieser Entscheid ist jedoch nicht nur mit Blick auf die Anstiftungsdogmatik selber problematisch (da aus einer Frage allein für sich noch keine psychische Beeinflussung abgeleitet werden kann), sondern auch in Bezug auf Art. 320: Die Wahrung des Geheimnisses obliegt den Geheiminsträgern, und diesen obliegt auch – i.S. der Selbstverantwortung – der Entscheid, in welchem Umfang sie Informationen aus dem Kontext von Geheimnissen preisgeben dürfen. Da das Geheimnis ja relativ unbekannt ist, kann bei Aussenstehenden kein Wissen darüber vorausgesetzt werden, in welchem Umfang was geheim ist. Lässt man dazu noch den Eventualvorsatz genügen, so bedeutet das nichts anderes, als dass man in Bereichen, wo möglicherweise Geheimnisse bestehen, überhaupt keine Fragen mehr stellen kann, ohne sich einem Kriminalisierungsrisiko auszusetzen (vgl. RIKLIN, Medialex 2001, 163; BOMMER, Plädoyer 2002, 37 f.).

4. **Konkurrenzen**

Art. 320 StGB geht Art. 293 und 321 vor, tritt aber hinter Art. 267 zurück (STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 14).

D. **Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 321)**

Lit.: N. OBERHOLZER, Kommentar zu Art. 321 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (zit. Oberholzer, Art. 321).

1. **Tatbestand**

Der strafrechtliche Geheimnisschutz dient dem öffentlichen Interesse am Funktionieren der Seelsorge, des Gesundheitsdienstes und der Rechtspflege: Diese können nur dann funktionieren, wenn die Klienten sich rückhaltlos anvertrauen zu können (vgl. OBERHOLZER, Art 321 N 4; STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 15; DONATSCH/WOHLERS, IV, 477).

Im Unterschied zu Art. 320 ist Art. 321 ein *Antragsdelikt* (DONATSCH/WOHLERS, IV, 484 f.; TRECHSEL, Kommentar, Art. 321 N 25).

Zur Wahrung des *Berufsgeheimnisses* verpflichtet sind Geistliche, Rechtsanwälte, Notare, Revisoren, Medizinalpersonen (Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen) sowie deren Hilfspersonen und Studierende. Diese Aufzählung ist abschliessend (BGE 83 IV 197; STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 17; OBERHOLZER, Art. 321 N 4 ff.; TRECHSEL, Kommentar, Art. 321 N 3). Nicht erfasst sind z.B. Psychologen, Sozialarbeiter, Journalisten, aber auch Naturheiler (vgl. OBERHOLZER, Art 321 N 5; DONATSCH/WOHLERS, IV, 478).

Die Bestimmung geht (gleich wie Art. 320) vom materiellen *Geheimnisbegriff* aus. Es muss sich um Kenntnisse handeln, die im Rahmen der Berufsausübung wahrgenommen bzw. anvertraut wurden, die somit etwas mit der Ausübung des Berufes zu tun haben. Es muss ein Zusammenhang zwischen Berufstätigkeit und Übertragung des Geheimnisses bestehen, ohne dass das Geheimnis dem Täter allerdings anvertraut sein musste (vgl. oben sowie STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 18; DONATSCH/WOHLERS, IV, 481; OBERHOLZER, Art 321 N 10 f.). Die Geheimhaltungspflicht dauert auch hier bis zum Tode des Geheimnisträgers fort (OBERHOLZER, Art. 321 N 14; DONATSCH/WOHLERS, IV, 482; TRECHSEL, Kommentar, Art. 321 N 17).

Offenbaren bedeutet jedes Zugänglichmachen gegenüber Unbefugten (OBERHOLZER, Art 321 N 15; STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 19; DONATSCH/WOHLERS, IV, 482 f.). Adressat einer Geheimnisverletzung kann auch ein Kollege der geheimhaltungspflichtigen Berufsperson sein, aber auch ein Gericht oder eine Behörde (vgl. BGE 75 IV 74; OBERHOLZER, Art. 321 N 16; DONATSCH/WOHLERS, IV, 483).

Keine Straftat liegt vor, wenn ein Sachverständiger von einer Behörde den Auftrag erhält, eine Abklärung vorzunehmen und der Betroffene verpflichtet ist, sich der Untersuchung zu unterziehen (Blutanalyse), oder wenn er sich freiwillig unterzogen hat (psychiatrisches Gutachten).

Strafbar ist nur die vorsätzliche Verletzung des Berufsgeheimnisses, wobei Eventualvorsatz genügt (OBERHOLZER, Art. 321 N 17).

2. **Rechtswidrigkeit**

Gerechtfertigt ist eine Geheimnisverletzung insbesondere (also nebst den allgemeinen Rechtfertigungsgründen):

- Bei Einwilligung des Berechtigten (Ziff. 2; vgl. STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 22; OBERHOLZER, Art. 321 N 18; DONATSCH/WOHLERS, IV, 489 f.; TRECHSEL, Kommentar, Art. 321 N 26). Ob dann der von der Geheimnispflicht Entbundene eine Pflicht oder nur ein Recht zur Zeugenaussage hat, hängt von den kantonalen Prozessordnungen ab (vgl. TRECHSEL, Kommentar, Art. 321 N 27).
- Bei Schriftlicher Bewilligung der vorgesetzten Behörde (z.B. Aufsichtskommission; vgl. STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 23; OBERHOLZER, Art. 321 N 19; DONATSCH/WOHLERS, IV, 490 f.).
- Wenn im eidgenössischen oder kantonalen Recht eine besondere Auskunftspflicht besteht (STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 24; OBERHOLZER, Art. 321 N 21, 24; DONATSCH/WOHLERS, IV, 488; zu denken ist beispielsweise an Anzeigepflichten im Zusammenhang mit der Medizinalgesetzgebung). Das gleiche gilt auch für Melderechte. Strukturell sind die Befolgung einer Meldepflicht und die Wahrnehmung eines Melderechts Rechtfertigungsgründe i.S.v. Art. 14 StGB.

E. Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung (Art. 321^{bis} StGB)

Lit.: N. RUCKSTUHL, Art. 321^{bis} StGB das Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung, Basel, u.a. 1999; N. OBERHOLZER, Kommentar zu Art. 321^{bis} StGB in: Niggli/Wiprächtiger (zit. Oberholzer, Art. 321^{bis}).

Art. 321^{bis} wurde zusammen mit dem Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) erlassen. Die Regelung wird durch die Verordnung vom 14. Juni 1993 über die Offenbarung des Berufsgeheimnisses im Bereich der medizinischen Forschung (VOBG, SR 235.154) ergänzt.

Im Vergleich mit Art. 321 StGB ergeben sich folgende Besonderheiten:

- Art. 321^{bis} erfasst weitere Personengruppen als Art. 321, und zwar nicht nur die an Heilbehandlungen beteiligten Personen, sondern alle Personen, welche im Rahmen von Forschungsaktivitäten mit Geheimnissen in Kontakt kommen (OBERHOLZER, Art. 321^{bis} N 3; DONATSCH/WOHLERS, IV, 492; TRECHSEL, Kommentar, Art. 321^{bis} N 3 f.).
- Art. 321^{bis} enthält ein an verwaltungsrechtliche Regelungen gemahnendes spezifisches Rechtfertigungsregime (welches allerdings die ordentlichen Rechtfertigungsgründe nicht zu verdrängen vermag; OBERHOLZER, Art. 321^{bis} N 5, 7 ff.; TRECHSEL, Kommentar, Art. 321^{bis} N 7 ff.).

F. Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 321^{ter} StGB)

Lit.: N. OBERHOLZER, Kommentar zu Art. 321^{ter} StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (zit. Oberholzer, Art. 321^{ter})

Art. 321^{ter} StGB wurde mit der Revision des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) und des Postgesetzes vom 30. April 1997 (PG, SR 783.0) eingeführt. Eine Neuregelung drängte sich auf, weil die staatlichen Monopole im Post- und Fernmeldebereich aufgehoben wurden und neu auch private Anbieter entsprechende Dienstleistungen erbringen (OBERHOLZER, Art. 321^{ter} N 1; DONATSCH/WOHLERS, IV, 495).

Art. 321^{ter} stellt ein *Sonderdelikt* dar (allerdings nicht hinsichtlich aller Tatbestandsvarianten ein echtes, wird teilweise doch bloss die Strafdrohung von Art. 179 qualifiziert; STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 32; wohl *a.M.* OBERHOLZER, Art. 321^{ter} N 3; DONATSCH/WOHLERS, IV, 495). Das Delikt kann von sämtlichen Mitarbeitern von Organisationen, welche Post- und Fernmeldedienstleistungen erbringen, erfüllt werden (STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 32; OBERHOLZER, Art. 321^{ter} N 3; DONATSCH/WOHLERS, IV, 495).

Mit dem Charakter als Sonderdelikt hängt zusammen, dass die Strafbarkeit von Extranei, welche Intranei durch Täuschung zur Preisgabe von Geheimnissen bringen, explizit geregelt wird (Abs. 2) – die mittelbare Täterschaft würde hier ausscheiden (STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 33; OBERHOLZER, Art. 321^{ter} N 5). Auch die gesonderte Erwähnung des Einräumens einer Gelegenheit, eine derartige Handlung zu begehen, lässt sich so erklären: Der Extraneus kann den Tatbestand überhaupt nicht erfüllen, so dass auch die Gehilfenschaft hier ausscheiden würde (vgl. STRATENWERTH, BT/2, § 59 N 32).

Angaben über den Post-, Zahlungs- oder Fernmeldeverkehr beschlagen nicht notwendigerweise nur den Inhalt der Kommunikation, sondern auch das Kommunikationsverhalten insgesamt (Art und Häufigkeit von Kontakten, Kommunikationspartner etc.; OBERHOLZER, Art. 321^{ter} N 6; DONATSCH/WOHLERS, IV, 496).

Neben die ordentlichen *Rechtfertigungsgründe* tritt Abs. 4, wonach gerechtfertigt ist, wer eine Sendung öffnet, um den Berechtigten festzustellen oder aber, um Schäden abzuwenden (OBERHOLZER, Art. 321^{ter} N 10).

Der VORBEHALT in Abs. 5 kommt neben Art. 179^{octies} und Art. 321 keine selbständige Bedeutung zu (OBERHOLZER, Art. 321^{ter} N 11).