

Amtsgeheimnis in der amtlichen Vermessung

Kurzgutachten zu Händen des Bundesamts für Landestopografie
(Eidgenössische Vermessungsdirektion)

Inhalt:

1. Fragestellung und Abgrenzung	1
2. Grundsätzliches zum Amtsgeheimnis	1
2.1 Bundesrechtlicher Ausgangspunkt: Strafrechtliches Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB	1
2.2 Umschreibung durch das Organisationsrecht und die Fachgesetzgebung	3
2.3 Prozessrechtliche Relevanz	3
2.4 Durchbrechung durch besondere Mitteilungspflichten und -rechte	4
3. Amtsgeheimnis im Bereich der amtlichen Vermessung	5
3.1 Bundesrechtliche Schweigepflicht: Berufs- aber nicht Amtsgeheimnis	5
3.2 Keine Präjudizien in Lehre und Rechtsprechung	6
3.3 Amtsgeheimnis bei Anstellung im öffentlichen Dienst	6
3.4 Amtsgeheimnis auf der Grundlage einer Spezialnorm	7
3.5 Amtsgeheimnis auf der Grundlage einer vertraglichen Verpflichtung	8
3.6 Zur Einwilligung zuständige Behörde	8
4. Prüfung der Unterstellung unter das Amtsgeheimnis	8

Bern, 20. April 2015

kettiger.ch

law solutions
Advokatur
Beratung
Projektbegleitung

C:\Users\Daniel Kettiger\Documents\Klienten\swisstopol2015_Auskunft\Amtsgeheimnis_bei_Geometern\swisstopo_Amtsgeheimnis_150420_DE.doc

Daniel Kettiger
Rechtsanwalt, Mag.rer.publ.
p.Adr. PuMaConsult GmbH
Birkenweg 61
CH-3013 Bern

Fon: +41 31 335 68 67
Mail: info@kettiger.ch
Web: www.kettiger.ch

1. Fragestellung und Abgrenzung

Nachfolgend soll die Frage beantwortet werden, ob bzw. unter welchen Umständen Personen, die in der amtlichen Vermessung tätig sind, dem Amtsgeheimnis unterstehen. Als Ergebnis soll ein Prüfschema entstehen, das es Fachpersonen der amtlichen Vermessung erlaubt, diese Frage im konkreten Einzelfall zu beantworten.

Die Untersuchung bezieht sich auf einen engen Begriff des Amtsgeheimnisses, d.h. auf die Schweigepflichten, die Personen auf Grund ihrer amtlichen Tätigkeiten auferlegt werden und umfasst nicht auch das Datenschutzrecht. Es ist somit sehr wohl denkbar bzw. sogar wahrscheinlich, dass im Endergebnis bestimmte in der amtlichen Vermessung tätige Personen nicht dem Amtsgeheimnis unterstehen, aber gleichwohl die datenschutzrechtlichen Bestimmungen beachten müssen. Gleiches gilt für das Berufsgeheimnis.

2. Grundsätzliches zum Amtsgeheimnis

2.1 Bundesrechtlicher Ausgangspunkt: Strafrechtliches Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB

Ausgangspunkt zur Beantwortung von rechtlichen Fragen bezüglich des Amtsgeheimnisses bildet in der Regel der strafrechtliche Schutz des Amtsgeheimnisses, welcher in Art. 320 StGB¹ wie folgt geregelt ist:

1. Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Die Verletzung des Amtsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses strafbar.

2. Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis mit schriftlicher Einwilligung seiner vorgesetzten Behörde geoffenbart hat.

Das Amtsgeheimnis schützt einerseits die Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger; andererseits wird durch das Amtsgeheimnis aber auch das Funktionieren der öffentlichen Verwaltung bzw. die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben geschützt.²

Dem Amtsgeheimnis unterstehen demnach alle "Mitglieder von Behörden" sowie alle "Beamten" bezüglich aller Tatsachen, die ihnen in ihrer amtlichen Stellung als vertraulich anvertraut wurden oder die sie in ihrer amtlichen Stellung wahrgenommen haben. Was Behördenmitglieder und Beamte privat erfahren haben oder privat hätten in Erfahrung bringen können, unterliegt somit nicht dem Amtsgeheimnis.³

Hinsichtlich des Begriffs der Beamtin bzw. des Beamten (und indirekt auch des Behördenmitglieds⁴) nimmt Art. 320 StGB Bezug auf die Legaldefinition in Art. 110 Abs. 3 StGB:

Als Beamte gelten die Beamten und Angestellten einer öffentlichen Verwaltung und der Rechtspflege sowie die Personen, die provisorisch ein Amt bekleiden oder provisorisch bei einer öffentlichen Verwaltung oder der Rechtspflege angestellt sind oder vorübergehend amtliche Funktionen ausüben.

¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

² Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 320, Rz. 4 f.; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., Art. 320, Rz. 1.

³ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 320, Rz. 9.

⁴ Das Gesetz verzichtet auf eine Legaldefinition des Behördenmitglieds, vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 110 Abs. 3, Rz. 7.

Entscheidend für die (straf-)rechtliche Qualifikation als Beamtin oder Beamter ist nicht die rechtliche Natur des Wahl- oder Anstellungsverhältnisses sondern alleine die Wahrnehmung von bestimmten Funktionen im Dienst der Öffentlichkeit beim Bund, beim Kantone, bei der Gemeinden).⁵ Damit fallen einmal alle Beamtinnen und Beamten sowie Angestellten des Bundes, der Kantone und der Gemeinden unter den Beamtenbegriff, dies unabhängig davon, ob sie in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis oder einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen und ob sie die amtliche Funktion haupt- oder nebenamtlich ausüben.⁶ Beamtin bzw. Beamter im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB (und damit von Art. 320 StGB) ist deshalb auch, wer seine amtliche Funktion nur vorübergehend ausübt.⁷ Wegen des rein *funktionalen Beamtenbegriffs* kann auch Beamtin oder Beamter sein, wer für das öffentliche Gemeinwesen amtliche Funktionen ausübt, ohne in einem Dienstverhältnis zu diesem zu stehen;⁸ es kann sich auch um ein blosses Auftragsverhältnis handeln.⁹

Die *schriftliche Einwilligung* zur Aussage durch die zuständige vorgesetzte Behörde stellt einen Rechtfertigungsgrund (Art. 14 StGB) dar.¹⁰ Welche Stelle der öffentlichen Verwaltung bzw. Behörde als vorgesetzte Behörde zur Erteilung der Einwilligung zur Aussage (Art. 320 Ziff. 2 StGB) zuständig ist und wie das verwaltungsinterne Verfahren zur Aussagenermächtigung abläuft, bestimmt sich nach dem für das betreffende Gemeinwesen massgeblichen Verwaltungsrecht.¹¹ Die Einwilligung der durch die vom Amtsgeheimnis betroffene Drittperson genügt für sich nicht und stellt keine Aussagenermächtigung dar; allerdings ist beim Vorliegen einer solchen Einwilligung genau zu prüfen, ob neben dem dahingefallenen privaten Interessen an der Geheimhaltung noch ein selbstständiges öffentliches Geheimhaltungsinteresse besteht.¹²

Die Einwilligung durch die vorgesetzte Behörde stellt hinsichtlich der Verletzung des Amtsgeheimnisses nicht den einzigen Rechtfertigungsgrund dar. In der Lehre und Rechtsprechung finden sich zusätzlich insbesondere die folgenden praxisrelevanten Fälle, in denen das Amtsgeheimnis legal durchbrochen werden kann:

- *Mitteilungsrechte und Mitteilungspflichten*: Es wird auf die Ziffer 2.4 verwiesen.
- *Wahrung berechtigter Interessen*: In Ausnahmefällen kann das Amtsgeheimnis mit dem Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen durchbrochen werden. Das Bundesgericht verlangt diesbezüglich aber, dass das verwendete Mittel (hier also die Schwere der Folgen der Geheimnisverletzung für die öffentliche Verwaltung und für Dritte) dem verfolgten Zweck angemessen ist.¹³ Einem Beamten ist es deshalb verboten "mit Amtsgeheimnissen die 'Flucht in die Öffentlichkeit' anzutreten, solange er nicht mit allen ihm zur Verfügung stehenden gesetzlichen, insbesondere dienstlichen Mitteln versucht hat, gegen die Amtspflichtverletzungen oder sonstigen Missstände anzukämpfen, die er in seiner Stellung wahrgenommen haben will."¹⁴

⁵ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 110 Abs. 3, Rz. 7; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., Art. 110, Rz. 12.

⁶ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 110 Abs. 3, Rz. 12.

⁷ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 110 Abs. 3, Rz. 12.

⁸ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 110 Abs. 3, Rz. 12, mit Hinweis auf BGE 121 IV 216.

⁹ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 320, Rz. 6.

¹⁰ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 320, Rz. 12; GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Handkommentar StGB, 3. Aufl., Art. 320, Rz. 4.

¹¹ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 320, Rz. 15.; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., Art. 320, Rz. 12.

¹² Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 320, Rz. 13.; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., Art. 320, Rz. 13.

¹³ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 320, Rz. 17.

¹⁴ BGE 94 IV 65, S. 67; vgl. auch NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl. Art. 320, Rz. 17.

2.2 Umschreibung durch das Organisationsrecht und die Fachgesetzgebung

Ein öffentliches Geheimhaltungsinteresse besteht, wenn bei Verletzung des Geheimnisses, d.h. bei der Offenbarung der geheim zu haltenden Tatsachen, der ordentliche Ablauf der Verwaltung gestört würde. Ein schützenswertes Interesse an der Geheimhaltung folgt oft unmittelbar oder mittelbar aus der Organisationsgesetzgebung oder Fachgesetzgebung des betreffenden Gemeinwesens.¹⁵ Eine Reihe von Rechtsnormen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts statuieren für bestimmte Amtsgeschäfte, bestimmte Geschäftsbereiche, bestimmte Dokumente oder bestimmte Behörden ausdrücklich eine Schweigepflicht. Diese formellen Geheimnisse lassen regelmässig darauf schliessen, dass ein Amtsgeheimnis im Sinne von Art. 320 StGB vorliegt; trotzdem ist im Einzelfall zu prüfen, ob die betreffenden, geheim zu haltenden Tatsachen auch dem materiellen Geheimhaltungsbegriff genügen.¹⁶

2.3 Prozessrechtliche Relevanz

Das Amtsgeheimnis ist insbesondere prozessrechtlich von Bedeutung, weil die dem Amtsgeheimnis unterstehenden Personen im Rahmen von Verfahren nur unter Bestimmten Voraussetzungen Aussagen zu Tatsachen machen dürfen, welche sie bei der Amtsausübung wahrgenommen haben:

- **Strafprozess:** Beamtinnen und Beamte im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB sowie Mitglieder von Behörden müssen grundsätzlich vor den Strafverfolgungsbehörden und vor Gerichten das Zeugnis über Geheimnisse verweigern, die ihnen in ihrer amtlichen Eigenschaft anvertraut worden sind oder die sie bei der Ausübung ihres Amtes wahrgenommen haben (Art. 170 Abs. 1 StPO¹⁷). Sie müssen aber aussagen, wenn sie von ihrer vorgesetzten Behörde ermächtigt worden sind (Art. 170 Abs. 2 StPO). Letztere muss die Ermächtigung zur Aussage erteilen, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung das Geheimhaltungsinteresse überwiegt (Art. 170 Abs. 3 StPO). Sie hat dabei in ihrer Entscheidung ein relativ grosses Ermessen; gegen die Verweigerung der Aussagemächtigung steht den Strafbehörden kein Rechtsmittel zur Verfügung.¹⁸
- **Zivilprozess:** Gemäss Art. 166 Abs. 1 Bst. c ZPO¹⁹ kann eine Drittperson²⁰ ihre Mitwirkung am Zivilprozess zur Feststellung von Tatsachen verweigern, die ihr als Beamtin oder Beamter im Sinne von Artikel 110 Absatz 3 StGB oder als Behördenmitglied in ihrer amtlichen Eigenschaft anvertraut worden sind oder die sie bei Ausübung ihres Amtes wahrgenommen hat. Sie muss aber aussagen, wenn sie einer Anzeigepflicht unterliegt oder wenn sie von ihrer vorgesetzten Behörde zur Aussage ermächtigt worden ist. Bei Verfahrensparteien geht der Schutz des Amtsgeheimnisses nicht so weit: Das Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB wird nur als anderes gesetzlich geschütztes Geheimnis betrachtet²¹ und die Partei muss als Amtsgeheimnisträger aussagen, ausser sie könne glaubhaft machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt (Art. 163 Abs. 2 ZPO).

¹⁵ Vgl. STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., Art. 320, Rz. 5.

¹⁶ Vgl. STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., Art. 320, Rz. 5.

¹⁷ Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007, SR 312.0 (in Kraft seit 01.01.2011).

¹⁸ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 320, Rz. 15, mit Hinweis auf BGE 123 II 371, S. 376.

¹⁹ Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272 (in Kraft seit 01.01.2011).

²⁰ Mit Drittperson ist gemeint, wer am Zivilprozess nicht als Partei teilnimmt.

²¹ Vgl. ERNST F. SCHMID, BSK ZPO, 2. Aufl., Art. 163, Rz. 8c.

Da zahlreiche kantonale Verwaltungsverfahrensvorschriften hinsichtlich des Beweisverfahrens direkt auf die ZPO verweisen²², sind das Amtsgeheimnis bzw. die Beamteneigenschaft nach Art. 110 Abs. 3 StGB auch im Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren oft von Bedeutung. Zudem enthalten einige kantonale Verwaltungsrechtspflegegesetze auch eigenständige Regelungen der zulässigen Zeugnisverweigerung wegen des Amtsgeheimnisses, die auf den Beamtenbegriff Bezug nehmen.²³

Von der *Befragung als Zeuginnen und Zeugen* sind die Einsetzung als sachverständige Person (Art. 182 ff. StPO; Art. 183 ff. ZPO) sowie die Amtsberichtserstattung (Art. 195 Abs. 1 StPO; Art. 190 Abs. 1 ZPO) abzugrenzen: Anders als Zeuginnen und Zeugen, die zu selber wahrgenommenen Tatsachen aussagen sollen, vermitteln *sachverständige Personen* primär ihr Fachwissen; zudem treffen Sachverständige ihre Feststellungen nach ihrer Ernennung im Rahmen eines konkreten Auftrags und geben nicht das wieder, was sie – meist zufällig – an Tatsachen wahrgenommen haben.²⁴ Wenn Beamtinnen oder Beamte im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB als Sachverständige eingesetzt werden, müssen sie allerdings grundsätzlich auch das Amtsgeheimnis im Sinne von Art. 320 StGB beachten. Zudem unterstehen sie bezüglich aller Tatsachen, die sie während ihrer Tätigkeit als Sachverständige wahrnehmen, ebenfalls dem Amtsgeheimnis. Der Umstand, dass von einer Strafverfolgungsbehörde oder von einem Gericht ein *Amtsbericht* eingefordert wird, entbindet die Mitarbeitenden der ersuchten Amtsstelle oder Behörde nicht von allfälligen Geheimhaltungspflichten, weshalb die schriftliche Auskunft (Amtsberichtserstattung) allenfalls auf der Grundlage von Zeugnisverweigerungsrechten (z.B. dem Amtsgeheimnis) verweigert werden kann oder muss.²⁵

2.4 Durchbrechung durch besondere Mitteilungspflichten und -rechte

Zahlreiche Rechtsnormen in der Gesetzgebung des Bundes und der Kantone sehen vor, dass Beamtinnen und Beamte im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB oder Behörden bestimmte Ereignisse, die sie bei der Ausübung ihrer amtlichen Funktion wahrnehmen, einer bezeichneten anderen Amtsstelle oder Behörde mitteilen müssen (Mitteilungspflicht, Anzeigepflicht) oder mitteilen dürfen (Mitteilungsrecht). Solche Mitteilungspflichten und -rechte stellen einen Rechtfertigungsgrund (Art. 14 StGB) dar und ermächtigen die Beamtin bzw. den Beamten, das Amtsgeheimnis straffrei zu durchbrechen, ohne dass eine Einwilligung der vorgesetzten Behörde vorliegt.²⁶

Zu erwähnen ist diesbezüglich die allgemeine Anzeigepflicht für Beamtinnen und Beamten. Gemäss Art. 302 Abs. 2 StPO können der Bund und die Kantone für die Mitarbeitenden der öffentlichen Verwaltungen sowie für Behördenmitglieder eine Pflicht vorsehen, bei der Amtsausübung wahrgenommene Straftaten den Strafverfolgungsbehörden mitzuteilen. Die Fachgesetzgebung des Bundes enthält zahlreiche solche Anzeigepflichten.²⁷ Alle Kantone haben

²² Vgl. z.B. im Kanton Bern: Art. 19 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG), BSG 155.21; im Kanton Zürich: § 60 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) vom 24. Mai 1959, LS 175.2.

²³ Vgl. z.B. Kanton Luzern: § 78 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) vom 3. Juli 1972, SRL 40: "Behördenmitglieder, Beamte, Geistliche, Anwälte, Urkundspersonen, nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen und ihre Hilfspersonen sind als Zeugen von der Aussagepflicht befreit, soweit sie nach dem Personalgesetz, nach den Artikeln 320 und 321 des Schweizerischen Strafgesetzbuches oder nach andern Gesetzen durch ihr Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind."

²⁴ Vgl. auch ANDREAS DONATSCH, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber, Kommentar StPO, 2. Aufl., Art. 182, Rz. 6.

²⁵ Vgl. ANDREAS DONATSCH, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber, Kommentar StPO, 2. Aufl., Art. 195, Rz. 10; PETER HAFNER, BSK ZPO, 2. Aufl., Art. 190, Rz. 7.

²⁶ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 320, Rz. 14.

²⁷ Vgl. die Liste bei NATHAN LANDSHUT/THOMAS BOSSHARD, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber, Kommentar StPO, 2. Aufl., Art. 302, Rz. 16.

von dieser Befugnis im Rahmen der Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung ebenfalls Gebrauch gemacht, allerdings in sehr unterschiedlicher Weise: Während der Kanton Bern die Anzeigepflicht auf Verbrechen beschränkt²⁸, statuiert der Kanton Zug eine Anzeigepflicht für alle von Amtes wegen zu verfolgenden Strafhandlungen.²⁹

Auch im Bereich der amtlichen Vermessung bestehen Meldepflichten, welche ein allfällig bestehendes Amtsgeheimnis legal durchbrechen:

- Die Eidgenössische Vermessungsdirektion, die für die Vermessungsaufsicht zuständige kantonale Behörde sowie kantonale Strafverfolgungsbehörden melden der Geometerkommission unverzüglich Vorfälle, bei welchen der Verdacht besteht, dass *Berufspflichten verletzt* werden (Art. 24 Abs. 1 GeomV³⁰).
- Die Strafverfolgungsbehörden melden der Geometerkommission die *rechtskräftige Verurteilung* wegen Handlungen, die *mit der Ausübung des Geometerberufs unvereinbar* sind (Art. 24 Abs. 1 GeomV).
- Die für die Aufsicht über die amtliche Vermessung zuständige Stelle des Kantons meldet dem Bundesamt für Landestopografie festgestellte *Schäden oder Gefährdungen von Grenzzeichen der Landesgrenze* (Art. 18 Abs. 2 LVV³¹).

3. Amtsgeheimnis im Bereich der amtlichen Vermessung

3.1 Bundesrechtliche Schweigepflicht: Berufs- aber nicht Amtsgeheimnis

Für die im Geometerregister eingetragenen Personen besteht eine bundesrechtliche Schweigepflicht. Art. 22 Abs. 1 Bst. h GeomV legt für diese Personen im Sinne einer Berufspflicht fest, dass diese über alles Stillschweigen bewahren müssen, was ihnen im Rahmen der Berufsausübung anvertraut wurde oder was sie im Rahmen der Berufsausübung wahrgenommen haben. Diese Berufspflicht gilt für die im Geometerregister eingetragenen Personen unabhängig davon, ob sie die Arbeiten der amtlichen Vermessung als Angestellte im öffentlichen Dienst ausüben oder nicht (e contrario Art. 22 Abs. 2 GeomV). Es handelt sich um eine besondere berufliche Schweigepflicht, nicht um eine Ausprägung des Amtsgeheimnisses. Die Verletzung dieser Schweigepflicht kann disziplinarisch geahndet werden (Art. 25 f. GeomV). Die berufliche Schweigepflicht besteht zusätzlich (d.h. parallel) zu einem allfälligen Amtsgeheimnis.³²

Entstanden ist diese Schweigepflicht als Berufsgeheimnis durch eine enge Anlehnung der Regulierung des Geometerberufs (als primär freier Beruf) an die bestehende Regulierung des Berufs der Anwältinnen und Anwälte im BGFA^{33, 34}. Sachlich begründet ist die berufliche Schweigepflicht insbesondere durch das in Art. 20 Abs. 1 GeoIG³⁵ festgelegte Recht der in

²⁸ Art. 48 Abs. 1 des Einführungsgesetzes vom 11. Juni 2009 zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ), BSG 271.1.

²⁹ § 93 des Gesetzes über die Organisation der Zivil- und Strafrechtspflege (Gerichtsorganisationsgesetz, GOG) vom 26. August 2010, BGS 161.1.

³⁰ Verordnung über die Ingenieur-Geometerinnen und Ingenieur-Geometer (Geometerverordnung, GeomV) vom 21. Mai 2008, SR 211.432.261.

³¹ Verordnung über die Landesvermessung (Landesvermessungsverordnung, LVV) vom 21. Mai 2008, SR 510.626.

³² Vgl. STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., Art. 320, Rz. 15.

³³ Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000, SR 935.61.

³⁴ Vgl. Erläuternder Bericht Verordnungsrecht zum Geoinformationsgesetz vom 30. November 2006 (Stand Mai 2008), S. 55.

³⁵ Bundesgesetz vom 5. Oktober 2007 über Geoinformation (Geoinformationsgesetz, GeoIG), SR 510.62.

der amtlichen Vermessung tätige Personen auf Zutritt zu Grundstücken und Gebäuden sowie auf Einsicht in private Unterlagen. Die Ingenieur-Geometerinnen und Ingenieur-Geometer können dadurch bei der Ausübung von Funktionen in der amtlichen Vermessung zu sicherheitsrelevanten Informationen sowie zu Kenntnissen über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse von privaten Dritten gelangen, die zu schützen sind.

Das Berufsgeheimnis der Ingenieur-Geometerinnen und Ingenieur-Geometer stellt strafprozessrechtlich bloss ein anderes gesetzlich geschütztes Geheimnis im Sinne von Art. 173 Abs. 2 StPO dar. Grundsätzlich hat die Ingenieur-Geometerinnen bzw. der Ingenieur-Geometer auszusagen. Die Verfahrensleitung kann sie von der Zeugnispflicht befreien, wenn sie glaubhaft machen können, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Gleiches gilt für den Zivilprozess (Art. 166 Abs. 2 ZPO). Die Fälle, in welchen bei der Berufsausübung der Ingenieur-Geometerinnen bzw. der Ingenieur-Geometer das Interessen an einer Geheimhaltung überwiegt, dürften eher dünn gesät sein und in der Regel sicherheitsrelevante, vermögensrechtliche oder höchstpersönliche Informationen betreffen, welche die Geometerin bzw. der Geometer bei der Ausübung von Zutrittsrechten gewann und die ausschliesslich durch diesen Zutritt gewonnen werden konnten und aussenstehenden Dritten im Rahmen der zulässigen Beobachtung der Liegenschaft nicht zugänglich sind.

3.2 Keine Präjudizien in Lehre und Rechtsprechung

Die einschlägigen Kommentarwerke zum Beamtenbegriff gemäss Art. 110 Abs. 3 StGB enthalten in der dargestellten Kasuistik keine Hinweise auf Tätigkeiten in der amtlichen Vermessung.³⁶ In den Leitentscheiden des Bundesgerichts finden sich ebenfalls keine entsprechenden Hinweise³⁷, das gleiche gilt für die neuere im Internet vollständig veröffentlichte Rechtsprechung des Bundesgerichts³⁸. Es muss somit davon ausgegangen werden, dass hinsichtlich der Frage, ob bzw. unter welchen Umständen Personen, die in der amtlichen Vermessung tätig sind, dem Amtsgeheimnis unterstehen, keine Präjudizien bestehen. Mithin muss die Antwort auf diese Frage nachfolgend von Grund auf erarbeitet werden.

3.3 Amtsgeheimnis bei Anstellung im öffentlichen Dienst

Die Kantone verfügen im Rahmen von Art. 43 ff. VAV³⁹ über einen erheblichen Spielraum, wie sie die amtliche Vermessung organisieren. Das gleiche gilt für die Gemeinden, wenn ihnen der Kanton die Zuständigkeit für die amtliche Vermessung ganz oder teilweise überträgt. Die meisten Aufgaben der amtlichen Vermessung können somit entweder durch kantonale oder kommunale Amtsstellen oder durch beauftragte Private wahrgenommen werden.⁴⁰ Bestimmte Arbeiten der amtlichen Vermessung müssen zwingend durch die öffentliche Verwaltung wahrgenommen werden; dies betrifft die Verifikation des Vermessungswerks, die Vorprüfung des Vermessungswerks, die öffentliche Auflage des Vermessungs-

³⁶ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 110 Abs. 3, Rz. 15; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., Art. 110, Rz. 13.

³⁷ Eigene Recherche des Verfassers (Stand: 18.04.2015); Einfache Volltextsuche in den Bundesgerichtsentscheiden (BGE ab 1954) mit den Suchanfragen <+Geheimnis +Geometer>, <+Geheimnis "amtliche Vermessung">, <+Amtsgeheimnis + Geometer>, <+Amtsgeheimnis "Amtliche Vermessung">, <+Schweigepflicht + Geometer>, <+Schweigepflicht "amtliche Vermessung">, <+géomètre +secret>.

³⁸ Eigene Recherche des Verfassers (Stand: 18.04.2015); Einfache Volltextsuche in den weiteren Urteilen ab 2000 mit den Suchanfragen <+Geheimnis +Geometer>, <+Geheimnis "amtliche Vermessung">, <+Amtsgeheimnis + Geometer>, <+Amtsgeheimnis "Amtliche Vermessung">, <+Schweigepflicht + Geometer>, <+Schweigepflicht "amtliche Vermessung">, <+géomètre +secret>.

³⁹ Verordnung vom 18. November 1992 über die amtliche Vermessung (VAV), SR 211.432.2.

⁴⁰ Vgl. dazu DANIEL KETTIGER/MATTHIAS OESCH, die Auswirkungen des internationalen Rechts auf die amtliche Vermessung in der Schweiz, Forum Europarecht Bd. 26, Zürich 2013, S. 18 f. und 23.

werks, die Genehmigung des Vermessungswerks, die kantonale Vermessungsaufsicht sowie die Oberaufsicht des Bundes über die amtliche Vermessung.⁴¹

Wenn Arbeiten der amtlichen Vermessung durch Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltungen des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden vorgenommen werden, dann handeln diese Mitarbeitenden immer als Beamtinnen bzw. Beamte im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB. Tatsachen, welche diese Mitarbeitenden der öffentlichen Verwaltung während der Arbeiten für die amtliche Vermessung wahrnehmen und welche die Eigenschaft materieller Geheimnisse aufweisen, fallen somit unter das Amtsgeheimnis.

Weiter handelt es sich bei den kantonalen Nomenklaturkommissionen (Art. 9 GeoNV⁴²) und bei der Geometerkommission (Art. 29 GeomV) um Behörden im Sinne von Art. 320 Ziffer 1 StGB.

Die folgenden Aufgaben der amtlichen Vermessung haben einen *hoheitlichen Charakter*.⁴³ Vorprüfung des Vermessungswerks (Art. 27 VAV), öffentliche Auflage des Vermessungswerks und Einspracheverfahren (Art. 28 VAV), Genehmigung des Vermessungswerks (Art. 29 VAV), Beglaubigung von Auszügen (Art. 33 GeolG; Art. 37 VAV)⁴⁴, Entscheid über bestrittenen Zugang zu Daten der amtlichen Vermessung, Verfügung von Gebühren⁴⁵. Personen, die solche Aufgaben wahrnehmen handeln funktionell als Beamtin oder als Beamter im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB bzw. als Behörde, unabhängig davon, ob sie Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltung oder private Beauftragte sind.⁴⁶ Das Amtsgeheimnis kann sich aber nur eng beschränkt auf die genannten hoheitlichen Verwaltungshandlungen beziehen, wenn die Person, welche die Aufgabe der amtlichen Vermessung wahrnimmt, nicht Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltung ist.

3.4 Amtsgeheimnis auf der Grundlage einer Spezialnorm

Die Kantone können in ihrer Gesetzgebung die Wahrnehmung aller oder einzelner Aufgaben der amtlichen Vermessung einem formellen Amtsgeheimnis bzw. einer Schweigepflicht im Sinne des Amtsgeheimnisses unterstellen, unabhängig davon, ob die entsprechenden Arbeiten durch Angestellte der kantonalen und kommunalen öffentlichen Verwaltungen oder durch beauftragte Private ausgeführt werden. Soweit durch den Verfasser ersichtlich⁴⁷, hat dies nur der Kanton Basel-Landschaft getan.⁴⁸

⁴¹ Vgl. KETTIGER/OESCH (Fn. 40, S. 18 f.

⁴² Verordnung vom 21. Mai 2008 über die geografischen Namen (GeoNV), SR 510.625.

⁴³ Vgl. KETTIGER/OESCH (Fn. 40), S. 21 und 25 f.

⁴⁴ Der Hoheitliche Charakter ist allerdings umstritten, vgl. DANIEL KETTIGER, Die amtliche Vermessung im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes, recht 2010, S. 34

⁴⁵ In verschiedenen Kantonen ist das Verhältnis zwischen den privaten Nachführungsgeometerinnen und -geometern und den privaten Leistungsbezügerinnen und -bezügern der amtlichen Vermessung ein öffentlich-rechtliches und subordinationsrechtliches, so dass die Nachführungsgeometerin bzw. der Nachführungsgeometer die Gebührenforderungen mittels Verfügung durchsetzen kann (vgl. z.B. im Kanton Bern Art. 38 Abs. 1 des Gesetzes über die amtliche Vermessung (AVG) vom 15. Januar 1996, BSG 215.341). Rein privatrechtlicher Natur ist das Verhältnis beispielsweise im Kanton Schwyz (§ 5 Abs. 1 der Verordnung über die amtliche Vermessung (KVAV) vom 19. Juni 2012, SRSZ 214.121).

⁴⁶ Siehe dazu NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 110 Abs. 3, Rz. 10: "Ausgehend von einer formalen Betrachtungsweise gelten jene Instanzen als Behörde, die hoheitlich zu verfügen befugt sind. In diesem Sinn kommt nicht nur den Organisationen der Zentralverwaltung Behördenqualität zu, sondern werden auch Organisationen ausserhalb der eigentlichen Verwaltung als Behörden bezeichnet, soweit sie in Erfüllung der ihnen übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben verfügen."

⁴⁷ Ergebnis der Durchsicht aller relevanten Rechtserlasse des Geoinformationsrechts der Kantone (Stand: 18.04.2015).

⁴⁸ § 24 Abs. 1 Bst. c Kantonale Verordnung über die amtliche Vermessung (KVAV) vom 12. Juni 2012, SGS 211.53.

In jenen Kantonen, in welchen die Zuständigkeit für die amtliche Vermessung weitgehend an die Gemeinden übertragen wurde, könnten auch die Gemeinden eine entsprechende Spezialnorm in einem Reglement erlassen.

3.5 Amtsgeheimnis auf der Grundlage einer vertraglichen Verpflichtung

Wenn öffentliche Aufgaben der amtlichen Vermessung vertraglich – insbesondere mittels Leistungsvertrag – an Private übertragen werden, ist es möglich und zulässig alle oder einzelne der übertragenen Aufgaben der amtlichen Vermessung einem formellen Amtsgeheimnis bzw. einer Schweigepflicht im Sinne des Amtsgeheimnisses zu unterstellen.

3.6 Zur Einwilligung zuständige Behörde

Werden Aufgaben der amtlichen Vermessung durch Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltungen des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden vorgenommen, so ist zur Erteilung der Einwilligung zur Aussage im Sinne von Art. 320 Ziffer 2 StGB jene Amtsstelle oder Behörde zuständig, welche das kantonale Recht als zuständige vorgesetzte Behörde benennt.⁴⁹ Bezeichnet das kantonale Recht keine Amtsstelle oder Behörde ausdrücklich, so ist die Zuständigkeit zur Erteilung der Einwilligung auf der Grundlage des Organisationsrechts, des öffentlichen Dienstrechts sowie der Aufbauorganisation (Organigramm) zu ermitteln. Kann die Zuständigkeit innerhalb der Verwaltung nicht mit hinreichender Sicherheit ermittelt werden, dann ist die Exekutive (Kantonsregierung, Gemeinde-Exekutive) zur Einwilligung zuständig, da diese immer die oberste Dienstaufsicht über die Verwaltung ausübt.

Wenn die Wahrnehmung aller oder einzelner Aufgaben der amtlichen Vermessung durch Spezialnorm oder Vertrag einem formellen Amtsgeheimnis bzw. einer Schweigepflicht im Sinne des Amtsgeheimnisses unterstellt wird,⁵⁰ und es um die Einwilligung zur Aussage für Private geht, an welche öffentliche Aufgaben der amtlichen Vermessung übertragen wurden, dann wird es in der Regel schwierig sein, auf der Grundlage des Organisationsrechts, des öffentlichen Dienstrechts sowie der Aufbauorganisation die vorgesetzte Stelle zu ermitteln. Nach der hier vertretenen Auffassung ist in solchen Fällen (namentlich gegenüber den Nachführungsgeometerinnen und Nachführungsgeometern) die kantonale Vermessungsaufsicht (Art. 42 VAV) als vorgesetzte Behörde im Sinne von Art. 320 Ziffer 2 StGB zu betrachten.

Ein Sonderfall liegt vor, wenn Kantone die Aufgabe der kantonalen Vermessungsaufsicht an die eidgenössische Vermessungsdirektion (im Bundesamt für Landestopografie) übertragen (Art. 42 Abs. 3 VAV). Zuständig zur Erteilung der Einwilligung zur Aussage von Mitarbeitenden der kantonalen Vermessungsaufsicht, die förmlich Bundesangestellte sind, ist in diesem Fall die Kantonsregierung des entsprechenden Kantons und nicht etwa die Direktion des Bundesamts, weil die Funktion die Erfüllung einer kantonalen Aufgabe beinhaltet.

4. Prüfung der Unterstellung unter das Amtsgeheimnis

Ob im Rahmen der Ausübung von Aufgaben der amtlichen Vermessung ein Amtsgeheimnis im Sinne von Art. 320 Ziffer 1 StGB besteht und hinsichtlich der Aussage vor Justizbehörden demzufolge die Einwilligung einer vorgesetzten Behörde im Sinne von Art. 320 Ziffer 2 StGB notwendig ist, hängt vom *kumulativen* Vorliegen zweier Faktoren ab:

1. *Persönliche Eigenschaft*: Die in der amtlichen Vermessung tätige Person muss die Eigenschaft einer Beamtin oder eines Beamten im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB besitzen oder als Mitglied einer Behörde handeln.

⁴⁹ Für die Verwaltung des Kantons Bern benennt beispielsweise Art. 58 des Personalgesetzes (PG) vom 16. September 2004 (BSG 153.01) die sog. Aufsichtsbehörde; diese wird in Art. 20 PG definiert.

⁵⁰ Vgl. oben Ziffer 3.4 und 3.5.

2. *Geheimnis*: Die Informationen, um die es geht, müssen ein Geheimnis darstellen bzw. geheimhaltungswürdig sein.

Die Prüfung der *personalen Komponente*, d.h. der Frage, ob die betreffende in der amtlichen Vermessung tätige Person unter Art. 320 StGB fällt, erfolgt in den folgenden Schritten:

- In einem *ersten Schritt* wird geprüft, ob die Aufgaben durch Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltungen des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden vorgenommen werden oder durch eine Behörde (beispielsweise eine förmlich konstituierte eidgenössische oder kantonale Kommission, wie die Geometerkommission oder die Nomenklaturkommissionen) wahrgenommen werden. Ist dies der Fall, liegt die persönliche Eigenschaft vor.
- Ist dies nicht der Fall, so ist in einem *zweiten Schritt* zu prüfen, ob Spezialnormen des kantonalen oder kommunalen Rechts die Wahrnehmung aller oder einzelner Aufgaben der amtlichen Vermessung einem formellen Amtsgeheimnis bzw. einer Schweigepflicht im Sinne des Amtsgeheimnisses unterstellen. Eine entsprechende kantonale Spezialnorm besteht mit hoher Wahrscheinlichkeit nur im Kanton Basel-Landschaft.⁵¹ Besteht eine solche Spezialnorm, liegt die persönliche Eigenschaft vor.⁵²
- Liegt keine Spezialnorm vor, so ist in einem *dritten Schritt* zu prüfen, ob vertragliche Bestimmungen (beispielsweise im Leistungsvertrag zwischen dem Kanton oder der Gemeinde einerseits und der Nachführungsgeometerin bzw. dem Nachführungsgeometer andererseits) die Wahrnehmung aller oder einzelner Aufgaben der amtlichen Vermessung einem formellen Amtsgeheimnis bzw. einer Schweigepflicht im Sinne des Amtsgeheimnisses unterstellen. Besteht eine solche vertragliche Verpflichtung, liegt die persönliche Eigenschaft vor.⁵³
- Liegt auch keine vertragliche Regelung vor, so ist in einem *vierten Schritt* zu prüfen, ob es im konkreten Fall um die Ausübung einer hoheitlichen Aufgabe der amtlichen Vermessung⁵⁴ geht, die in jedem Fall die Behördeneigenschaft impliziert. Geht es um eine hoheitliche Aufgabe, liegt die persönliche Eigenschaft vor.⁵⁵

Wenn die Prüfung bis hierhin ergeben hat, dass die notwendige persönliche Eigenschaft nicht vorliegt, dann bedeutet dies gleichzeitig, dass kein Amtsgeheimnis im Sinne von Art. 320 StGB bestehen kann.

Wenn die Prüfung ergibt, dass die persönliche Eigenschaft vorliegt, es sich bei der betroffenen Person also mithin um eine Beamtin bzw. einen Beamten im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB oder um ein Behördenmitglied handelt, dann muss in weiteren Schritten abgeklärt werden, ob es sich bei der Information, um die es geht, um ein Geheimnis handelt:

- In einem *fünften Schritt* ist abzuklären, ob es sich um ein *materielles Geheimnis* handelt, d.h. ob "es sich um eine Tatsache handelt, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist und bezüglich derer der Geheimnisherr nicht nur ein berechtigtes Interesse, sondern auch den ausdrücklichen oder stillschweigend bekundeten Willen zur Geheimhaltung hat."⁵⁶ Geschützt sein können sowohl Dienstgeheimnisse wie auch Privatgeheimnisse. Ein schützenswertes Interesse an der Geheimhaltung folgt oft unmittelbar oder mittelbar aus der Organisationsgesetzgebung oder Fachgesetzgebung des betreffenden

⁵¹ Vgl. oben Fn. 47.

⁵² Allerdings statuiert die Spezialnorm nur ein formelles Geheimnis und dies ist später bei der Prüfung, ob eine geheimhaltungswürdige Tatsache vorliegt, zu berücksichtigen.

⁵³ Allerdings statuiert die vertragliche Regelung nur ein formelles Geheimnis und dies ist später bei der Prüfung, ob eine geheimhaltungswürdige Tatsache vorliegt, zu berücksichtigen.

⁵⁴ Vgl. oben Ziffer 3.3.

⁵⁵ Das Amtsgeheimnis kann sich aber nur eng beschränkt auf die genannten Verwaltungshandlungen beziehen.

⁵⁶ NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 110 Abs. 3, Rz. 8.

Gemeinwesens.⁵⁷ Da die amtliche Vermessung ausdrücklich dem Zweck dient, die räumlichen Dimensionen von Grundeigentum und von damit verbundenen dinglichen Rechten amtlich festzuhalten, können diesbezügliche Tatsachen (beispielsweise auch die Wahrnehmung, dass ein Grenzstein verrückt ist) nie ein Geheimnis darstellen. Liegt ein materielles Geheimnis vor, so ist von einem Fall des Amtsgeheimnisses nach Art. 320 StGB auszugehen.

- Liegt kein materielles Geheimnis vor, so muss in einem *sechsten Schritt* abgeklärt werden, ob allenfalls ein *formelles Geheimnis* besteht, das bei einer Interessenabwägung zu einem Amtsgeheimnis führt. Wenn Spezialnormen des kantonalen oder kommunalen Rechts oder vertragliche Vorschriften die Wahrnehmung aller oder einzelner Aufgaben der amtlichen Vermessung einem formellen Amtsgeheimnis bzw. einer Schweigepflicht unterstellen, liegt bezüglich der betreffenden Informationen ein formelles Geheimnis vor. Es ist nun noch zu prüfen, ob die betreffenden, geheim zu haltenden Tatsachen auch dem materiellen Geheimhaltungsbegriff genügen.⁵⁸ Im Zweifelsfall ist dies zu vermuten.

Liegt ein Geheimnis vor, dann handelt es sich um ein Amtsgeheimnis im Sinne von Art. 320 StGB.

20. April 2015/D. Kettiger

⁵⁷ Vgl. STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., Art. 320, Rz. 5.

⁵⁸ Vgl. STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., Art. 320, Rz. 5.