

## Verhältnis der Schweigepflicht nach Art. 413 und 451 ZGB zum Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB

### Positionspapier zuhanden der KESB Luzern

von Urs Vogel, lic. iur., Master of Public Administration IDHEAP,  
dipl. Sozialarbeiter FH, Urs Vogel Consulting, Institut für angewandtes  
Sozialrecht, Kulmerau<sup>1</sup>

---

**Stichwörter:** Amtsgeheimnis, Amtshilfe, Auskunftspflicht, Interessenabwägung, Kindes- und Erwachsenenschutzgeheimnis, Mitwirkungspflicht, Rechtsgüterabwägung, Rechtshilfe, Schweigepflicht, Strafprozess, Verschwiegenheitspflicht, Vorgesetzte Behörde, Zivilprozess.

**Mots-clés:** Assistance administrative, Assistance juridique et judiciaire, Autorité supérieure, Devoir de discrétion, Obligation d'aviser l'autorité, Obligation de collaborer, Obligation de garder le secret, Pesée des intérêts, Pesée des intérêts juridiques, Procédure civile, Procédure pénale, Secret de fonction, Secret en matière de protection de l'adulte et de l'enfant.

**Parole chiave:** Assistenza amministrativa, Assistenza giudiziaria, Autorità superiori, Bilanciamento degli interessi in conflitto, Obbligo di cooperazione, Obbligo di mantenere il silenzio, Obbligo d'informazione, Processo civile, Processo penale, Protezione del segreto dei minori e degli adulti, Segreto d'ufficio.

---

Gestützt auf Art. 413 bzw. 451 ZGB gilt seit dem 1. Januar 2013 für die Beiständin und den Beistand sowie für die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine bundesrechtlich verankerte Schweigepflicht. Die Mitglieder der KESB und die Berufsbeiständigen und Berufsbeistände, welche in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis stehen, unterliegen gleichzeitig dem strafrechtlich geschützten Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB. Der Autor untersucht in seinem Positionspapier das Verhältnis zwischen den beiden gesetzlichen Schweigepflichten und prüft die Frage, ob und allenfalls in welchen Fällen gestützt auf Art. 320 Abs. 2 StGB eine ausdrückliche Entbindung vom Amtsgeheimnis notwendig ist.

### Obligation de garder le secret selon les art. 413 et 451 CC et secret de fonction selon l'art. 320 CP

Avec le nouveau droit de protection entré en vigueur récemment, l'obligation de garder le secret est dorénavant explicitement consacrée par le droit civil fédéral, tant en ce qui concerne les autorités de protection que les curateurs. Du même coup, les collaborateurs de l'autorité comme les mandataires de droit public que sont les curateurs sont soumis au secret de fonction prévu par l'art. 320 CPS. La question demeure toutefois controversée de savoir si les curateurs privés sont également astreints au secret de fonction, hypothèse clairement écartée par le Tribunal fédéral et par la doctrine dominante. Ainsi, la question d'un double secret de droit privé et de droit public ne se pose pas pour les curateurs privés. Dans la pratique, la question subsiste de savoir comment les deux obligations légales de secret coexistent et surtout – le cas échéant – dans quelles situations les curateurs peuvent être explicitement déliés de leur secret, conformément à ce que prévoit l'article 320 al. 2 du CPS. En outre, pour les membres des autorités de protection la question subsiste de savoir quelle est l'autorité supérieure compétente au sens de cet art. 320 al. 2 du Code pénal.

<sup>1</sup> Mit Dank für die konstruktiven Hinweise von Frau RA lic. iur. Pia Zeder, Präsidentin KESB Luzern und Kurt Affolter, Fürsprecher und Notar, Institut für angewandtes Sozialrecht, Ligerz.

## **Relazione dell'obbligo di discrezione degli art. 413 e 451 CC con il segreto d'ufficio dell'art. 329 CP**

*Con l'entrata in vigore del nuovo diritto di protezione degli adulti, l'obbligo di mantenere il silenzio per le autorità di protezione dei minori e degli adulti (APMA) così come per i curatori e le curatrici, è regolato esplicitamente a livello federale dal CC. Parimenti i membri delle APMA, così come i curatori e le curatrici ufficiali, in qualità di funzionari di diritto pubblico sono tenuti al segreto d'ufficio protetto dal diritto penale secondo l'art. 320 CP. Controversa è la questione se anche i curatori e le curatrici private sono sottoposte al segreto d'ufficio. Il Tribunale federale e la prassi preminente negano questa subordinazione. Conseguentemente il problema del doppio obbligo di discrezione non si pone per i curatori e le curatrici private.*

*Nella prassi si pone il quesito della relazione fra i due obblighi di discrezione e in quali casi si è tenuti a osservare il segreto dell'art. 320 cfr. 2 del CP. Inoltre è aperta la questione se le APMA sono da considerare autorità superiori secondo l'art. 320 cfr. 2 CP.*

### **1. Ausgangslage**

Mit dem Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts wurde die Schweigepflicht für die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) sowie für die Beistände und Beiständinnen bundesrechtlich explizit im ZGB geregelt. Gleichzeitig stehen die Mitglieder der KESB und die öffentlich-rechtlich angestellten Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände unter dem strafrechtlich geschützten Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB. Kontrovers wird die Frage beurteilt, ob auch private Beiständinnen und Beistände unter das Amtsgeheimnis fallen. Das Bundesgericht und die überwiegende Lehrmeinung verneinen klar eine Unterstellung<sup>2</sup>. Somit stellt sich das Problem der doppelten Schweigepflicht bei den privaten Beiständinnen und Beiständen nicht.

In der Praxis stellt sich nun die Frage, wie sich die beiden gesetzlichen Schweigepflichten zueinander verhalten, ob überhaupt und wenn ja, in welchen Fällen eine explizite Entbindung gestützt auf Art. 320 Ziff. 2 StGB notwendig ist. Zudem stellt sich bei der KESB die Frage, wer die nach Art. 320 Ziff. 2 StGB vorge setzte Behörde ist.

### **2. Erwägungen**

#### *2.1. Allgemeines*

Das Erwachsenenschutzrecht regelt in den Artikeln 413 und 451 ZGB grundsätzlich die Verschwiegenheits- und Auskunftspflicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sowie der Beiständinnen und Beistände. Weitere Regelungen zu Spezialfragen der Verschwiegenheit respektive zur Auskunft während

<sup>2</sup> Trechsel, Praxiskommentar, Art. 320 N 2; BGE 121 IV 216, 222, E. 3d; BSK ZGB-Langenegger, aArt. 360 N 14; FamKomm ESR-Cottier/Hassler, Art. 451 N 16; OFK ZGB-Fassbind, Art. 413 N 2; **a.M:** KUKO ZGB-Häfeli, Art. 413 N 14.

und ausserhalb eines Verfahrens finden sich in den Artikeln 385 Abs. 2, 448 Abs. 4, 449b, 452 Abs. 2 sowie 453 ZGB.

Ziel und Zweck dieses Kindes- und Erwachsenenschutzgeheimnisses ist der Schutz der Privatsphäre und des informationellen Selbstbestimmungsrechts der betroffenen Person<sup>3</sup>. Daneben bezweckt die Verschwiegenheit aber auch die Förderung des Vertrauens der betroffenen Personen sehr vertrauliche Daten bekanntzugeben, damit die Behörde oder die mandatsführende Person ihre Aufgabe im Interesse der betroffenen Person wahrnehmen kann. Die Regelung dient also auch der Wahrung von öffentlichen Interessen<sup>4</sup>.

Geheimnisherr ist grundsätzlich die betroffene Person. Nach ihrem Willen einerseits und ihrem Interesse andererseits ist deshalb zu beurteilen, welche Daten und Informationen aus der Arbeit der KESB und der Mandatsführung gegen aussen mitzuteilen sind oder nicht. Parallel dazu ist das öffentliche Interesse am Schutz der betroffenen Person zu beachten, sodass auch der Staat Geheimnisherr ist. Daher rechtfertigt die Einwilligung der betroffenen Person allein nicht die Durchbrechung der Schweigepflicht, sondern die Behörde respektive die mandatsführende Person haben aus Sicht des öffentlichen Interessens zu prüfen, ob Tatsachen zu offenbaren sind oder nicht<sup>5</sup>. Im Einzelfall ist immer eine Interessenabwägung vorzunehmen.

Die Behörde und die öffentlich-rechtlich angestellten Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände stehen zudem gleichzeitig unter dem strafrechtlich geschützten Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB). Im Unterschied zum Kindes- und Erwachsenenschutzgeheimnis dient das strafrechtlich geschützte Amtsgeheimnis neben der Wahrung des Persönlichkeitsschutzes der betroffenen Person dem öffentlichen Interesse am reibungslosen Funktionieren der Verwaltung und der Rechtspflege. Es ist also nicht allein auf das private individuelle Geheimhaltungsinteresse ausgerichtet<sup>6</sup>. Geheimnisherr beim Amtsgeheimnis ist das Gemeinwesen. Eine Entbindung vom Amtsgeheimnis erfolgt grundsätzlich durch die vorgesetzte Behörde (siehe dazu unter Punkt 2.5.).

Gemäss Botschaft des Bundesrates zum neuen Erwachsenenschutzgesetz stellt die Bekanntgabe von Tatsachen die die KESB oder die mandatsführende Person in Abwägung der Interessen gestützt auf Art. 451 Abs. 1 oder 413 Abs. 2 ZGB machen, einen Rechtfertigungsgrund nach Art. 14 StGB dar und führt so zur Durchbrechung des Amtsgeheimnisses, ohne dass dazu eine explizite Ermächtigung der vorgesetzten Behörde nach Art. 320 Ziff. 2 StGB vorliegen müsste<sup>7</sup>.

Daher liegt es grundsätzlich in der Verantwortung der KESB respektive der mandatsführenden Person im Einzelfall zu beurteilen, ob überwiegende Interes-

<sup>3</sup> Art. 13 Abs. 2 BV; BSK ESR-Geiser, Art. 451 N 3; FamKomm ESR-Cottier/Hassler, Art. 451 N 2; KUKO ZGB-Rosch, Art. 451 N 2.

<sup>4</sup> Elsener, Vormundschaftsgeheimnis, S. 71 f. und 196 f.

<sup>5</sup> FamKomm ESR-Cottier/Hassler, Art. 451 N 7; KUKO ZGB-Rosch, Art. 451 N 4; im Ergebnis gleich aber mit anderer Herleitung: BSK ESR-Geiser, Art. 451 N 16.

<sup>6</sup> BSK ESR-Geiser, Art. 451 N 7.

<sup>7</sup> BBl 2006 7090; BSK ESR-Geiser, Art. 451 N 8; FamKomm ESR-Cottier/Hassler, Art. 451 N 18; Meier/Lukic, Rz. 148.

sen eine Datenbekanntgabe rechtfertigen oder nicht. Im Sinne einer Rechtsgüterabwägung mit Blick auf den Eingriffszweck, die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person und die Zielsetzung der Massnahme muss pflichtgemäss abgewogen werden, ob eine Durchbrechung der Verschwiegenheit notwendig ist<sup>8</sup>. Diese Abwägung muss auch erfolgen, wenn eine gesetzliche Grundlage oder die Einwilligung der betroffenen Person eine Durchbrechung erlaubt!

## 2.2. *Amtsgeheimnis und Zivilprozess*

Beiständinnen oder Beistände und die KESB können in verschiedenen Konstellationen durch ihre Funktion oder ihre Aufgabe (z.B. im Rahmen eines Scheidungsverfahrens) in ein zivilprozessuales Verfahren einbezogen sein. Es stellt sich die Frage, wie sich hier die verschiedenen Normen der Verschwiegenheitspflicht auswirken.

In der Zivilprozessordnung werden die zivilprozessualen Mitwirkungspflichten geregelt. Gestützt auf Art. 160 Abs. 1 ZPO sind Parteien und Dritte grundsätzlich zur Mitwirkung verpflichtet. Diese Mitwirkungspflicht trifft somit auch die KESB oder mandatsführende Personen, soweit ein Zivilgericht deren Mitwirkung als Dritte für notwendig erachtet oder die mandatsführende Person im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft eine der Parteien betreut.

### 2.2.1. Berufsbeistand/Berufsbeiständin im Zivilprozess seines Klienten oder seiner Klientin

Gestützt auf Art. 165 Abs. 1 lit. e ZPO steht der für eine Partei eingesetzten Vormundin/Vormund oder Beiständin/Beistand ein vollumfängliches Mitwirkungsverweigerungsrecht zu, unabhängig davon, ob es sich um einen Berufsbeistand, eine Berufsbeiständin, einen privaten Beistand oder eine private Beiständin handelt. Dies bedeutet, dass die mandatsführende Person selbständig darüber entscheidet, ob sie von diesem Mitwirkungsverweigerungsrecht Gebrauch macht, sei dies vollumfänglich oder nur teilweise<sup>9</sup>. Sie kann die gestützt auf Art. 413 Abs. 2 ZGB im Kindes- und Erwachsenenschutzgeheimnis vorgesehene Interessenabwägung vornehmen und im Prozess mitwirken, soweit dies im Rahmen der pflichtgemässen Beurteilung im Einzelfall notwendig ist. Da in diesem Fall die Mitwirkung einen Rechtfertigungsgrund nach Art. 14 StGB in Bezug auf die Verletzung des Amtsgeheimnisses darstellt, ist eine formelle Entbindung vom Amtsgeheimnis für Berufsbeiständinnen/Berufsbeistände nicht notwendig. Die Verantwortung zur Mitwirkung liegt allein bei der mandatsführenden Person.

Der Beistand/die Beiständin kann sich gestützt auf Art. 400 Abs. 3 ZGB Instruktion und Beratung einholen, wenn er/sie unsicher ist, wie er oder sie sich in der konkreten Situation verhalten soll. Aber auch in diesem Fall liegt der Entscheid zur konkreten Mitwirkung (ob vollumfänglich oder partiell) ausschliesslich bei der mandatsführenden Person.

<sup>8</sup> BBl 2006 7089.

<sup>9</sup> In Bezug auf die teilweise Mitwirkung: BK ZPO-Rüetschi, Art. 165 N 4; Spühler/Dolge/Gehri, Kap. 10 N 125.

In einem Scheidungsprozess kann sich der oder die nach Art. 308 oder 325 ZGB eingesetzte Beistand/Beiständin nicht auf das Mitwirkungsverweigerungsrecht nach Art. 165 Abs. 1 lit. e ZPO berufen, da das Kind grundsätzlich nicht Prozesspartei<sup>10</sup> im Scheidungsprozess wird. In Bezug auf die Wahrnehmung seiner eigenen Interessen wird das Kind aber zur selbständigen Hauptpartei<sup>11</sup> und es kann ihm als Vertretung ein Beistand oder eine Beiständin in den von Art. 299 ZPO genannten Fällen bestellt werden. Diesem Beistand/dieser Beiständin steht hingegen ein Mitwirkungsverweigerungsrecht nach Art. 165 Abs. 1 lit. e ZPO zu<sup>12</sup>.

### 2.2.2. Berufsbeistand/Berufsbeiständin im Zivilprozess Dritter bzw. KESB

Gestützt auf Art. 166 Abs. 1 lit. c ZPO steht Personen bezüglich Tatsachen, die ihnen als Beamtin/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, ein beschränktes Mitwirkungsverweigerungsrecht zu. Dies bedeutet, dass die Berufsbeiständigen/Berufsbeistände und die KESB-Mitglieder zu keiner Mitwirkung verpflichtet sind, solange sie nicht formell vom Amtsgeheimnis entbunden worden sind.

Auch in dieser Konstellation hat primär die Beiständin/der Beistand respektive das Behördenmitglied abzuwägen, ob eine Mitwirkung im Interesse der betroffenen Person sinnvoll und notwendig ist (Art. 413 Abs. 2 und 451 Abs. 1 ZGB). Entscheidet sich die Beiständin/der Beistand respektive das Behördenmitglied zur Mitwirkung, stellt die Mitwirkung und die Datenbekanntgabe einen Rechtfertigungsgrund nach Art. 14 StGB in Bezug auf die Verletzung des Amtsgeheimnisses dar<sup>13</sup>.

Wird die Mitwirkung aufgrund der persönlichen Interessenabwägung des Beistandes/der Beiständin respektive des Behördenmitgliedes verweigert, so ist nach Art. 166 Abs. 1 lit. c ZPO vorzugehen. Diese Bestimmung sieht vor, dass eine Mitwirkungspflicht besteht, wenn die Berufsbeistände/Berufsbeiständigen respektive die Mitglieder der KESB durch die vorgesetzte Stelle vom Amtsgeheimnis entbunden sind oder einer Anzeigepflicht unterstehen. Ist dies der Fall, so kann die Mitwirkung z.B. als Zeuge oder die Herausgabe von Dokumenten durch das Gericht angeordnet und durchgesetzt werden (siehe dazu Art. 167 ZPO). Die Berufsbeistände/Berufsbeiständigen und Mitglieder der KESB sind verpflichtet, um die Entbindung vom Amtsgeheimnis selbst nachzusehen<sup>14</sup>. Die vorgesetzte Behörde hat bei ihrem Entscheid betreffend Entbindung vom Amtsgeheimnis die verschiedenen Interessen gegeneinander abzuwägen (Interessen der am Gerichtsverfahren Beteiligten an der Mitwirkung im konkreten Zivilprozess – Interesse der betreuten Person an der Offenlegung der Informationen

<sup>10</sup> BK ZPO-Spycher, Art. 299 N 13.

<sup>11</sup> BSK ZGB-Breitschmid, aArt. 147 N 1.

<sup>12</sup> BK ZPO-Spycher, Art. 300 N 7.

<sup>13</sup> BBl 2006 7090.

<sup>14</sup> Higi, DIKE-Komm ZPO, Art. 166 N 24; Spühler/Dolge/Gehri, Kap. 10 N 138.

bzw. an deren Geheimhaltung sowie öffentliches Interesse an der Vertrauensstellung der mandatsführenden Person).

Diese Bestimmung ist auf private Beiständigen/Beistände nicht anwendbar. Sie können aber gestützt auf Art. 163 Abs. 2 und Art. 166 Abs. 2 ZPO die Mitwirkung verweigern, wenn sie glaubhaft machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Kommt das Gericht zu einer anderen Bewertung, so müssen sie uneingeschränkt der Mitwirkung nachkommen<sup>15</sup>.

### 2.3. *Amtsgeheimnis und Strafverfolgung/Strafprozess*

Im Strafverfahren ist grundsätzlich zu unterscheiden, ob der Berufsbeistand/die Berufsbeiständin und die Mitglieder der KESB im Strafverfahren als Zeuge/Zugin (Art. 162 ff. StPO) oder als Auskunftsperson (Art. 178 ff. StPO) ins Verfahren einbezogen werden. In beiden Situationen stellt sich die Frage der konkreten Mitwirkung in gleicher Weise, da die Regelungen zur Zeugnisverweigerung auch für die Auskunftsperson anzuwenden sind (Art. 180 Abs. 2 und 181 StPO).

#### 2.3.1. Berufsbeistand/Berufsbeiständin der beschuldigten Person im Strafverfahren

Gestützt auf Art. 168 Abs. 1 lit. g StPO steht der/dem für die beschuldigte Person eingesetzten Vormundin/Vormund oder Beistand/Beiständin ein Zeugnisverweigerungsrecht und gestützt auf Art. 180 Abs. 2 StPO ein Auskunftsverweigerungsrecht zu. Diese Bestimmung gilt für den Berufsbeistand/die Berufsbeiständin und den privaten Beistand/die private Beiständin. Zudem ist er/sie von einer allfälligen Straf-Anzeigepflicht befreit (Art. 302 Abs. 3 StPO). Die mandatsführende Person entscheidet selbständig ob sie von diesem Verweigerungsrecht Gebrauch macht, sei dies vollumfänglich oder nur teilweise. Der Entscheid über die Ausübung des eigentlichen Zeugnisverweigerungsrechts ist höchstpersönlicher Natur. Es ist unerheblich, von welchen Überlegungen sich der Zeugnisverweigerungsberechtigte bei seinem Entscheid leiten lässt<sup>16</sup>. Somit kann sie die gestützt auf Art. 413 Abs. 2 ZGB im Kindes- und Erwachsenenschutzgeheimnis vorgesehene Interessenabwägung vornehmen und im Prozess mitwirken, soweit dies im Rahmen der pflichtgemässen Beurteilung notwendig ist. Die Mitwirkung und die Datenbekanntgabe stellt in Bezug auf die Verletzung des Amtsgeheimnisses einen Rechtfertigungsgrund nach Art. 14 StGB dar. Eine formelle Entbindung vom Amtsgeheimnis für Berufsbeiständigen oder Berufsbeistände ist nicht notwendig. Die Verantwortung zur Mitwirkung liegt allein bei der mandatsführenden Person.

Der Beistand/die Beiständin kann gestützt auf Art. 400 Abs. 3 ZGB Instruktion und Beratung einholen, wenn er/sie unsicher ist. Aber auch in diesem Fall

<sup>15</sup> BK ZPO-Rüetschi, Art. 163 N 20; Higi, DIKE-Komm ZPO, Art. 166 N 34 f.; Spühler/Dolge/Gehri, Kap. 10 N 122.

<sup>16</sup> Donatsch, StPO Art. 168 N 6.

liegt der Entscheid zur konkreten Mitwirkung (ob vollumfänglich oder partiell) ausschliesslich bei der mandatsführenden Person.

### 2.3.2. Berufsbeistand/Berufsbeiständin im Strafverfahren Dritter bzw. KESB

Gestützt auf Art. 170 Abs. 1 StPO steht Personen bezüglich Tatsachen, die ihnen als Beamtin/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 ein beschränktes Zeugnis- und somit auch Auskunftsverweigerungsrecht zu. Dies bedeutet, dass die Berufsbeiständinnen/Berufsbeistände und die Mitglieder der KESB zu keiner Mitwirkung verpflichtet sind, solange sie nicht formell vom Amtsgeheimnis entbunden worden sind (siehe dazu Art. 175 StPO).

Auch in dieser Konstellation hat primär die Beiständin/der Beistand respektive das Behördenmitglied abzuwägen, ob eine Mitwirkung im Interesse der betroffenen Person sinnvoll und notwendig ist (Art. 413 Abs. 2 und 451 Abs. 1 ZGB). Entscheiden sich die Beiständin/der Beistand respektive das Behördenmitglied zur Mitwirkung, stellt die Mitwirkung und die Datenbekanntgabe einen Rechtfertigungsgrund nach Art. 14 StGB in Bezug auf die Verletzung des Amtsgeheimnisses dar<sup>17</sup>.

Wird die Mitwirkung aufgrund der persönlichen Interessenabwägung des Beistandes/der Beiständin respektive des Behördenmitgliedes verweigert sieht Art. 170 Abs. 2 StPO vor, dass eine Zeugnispflicht besteht (für die Auskunftspflicht als Auskunftsperson siehe Art. 180/181 StPO), wenn die Berufsbeistände/Berufsbeiständinnen und die Mitglieder der KESB durch die vorgesetzte Stelle vom Amtsgeheimnis schriftlich entbunden sind. Ist dies der Fall, so kann eine Aussage oder die Herausgabe von Dokumenten durch die Strafverfolgungsbehörden angeordnet und durchgesetzt werden (siehe dazu Art. 176 Abs. 2 StPO). Es ist Sache der vorgeladenen Person den Entscheid der vorgesetzten Behörde einzuholen<sup>18</sup>. Die vorgesetzte Behörde hat bei ihrem Entscheid die Interessen an der Abklärung des prozessrelevanten Sachverhalts gegen diejenigen der Verwaltung sowie allenfalls Privater an der Geheimhaltung bestimmter Umstände abzuwägen (Art. 170 Abs. 3 StPO). Sie hat zu bestimmen, wie weit die Ermächtigung gehen soll. Das bedeutet, dass sie die Berufsbeistände/Berufsbeiständinnen und die Mitglieder der KESB generell oder – nach dem Grundsatz «in maiore minus» – in eingeschränkter Weise zur Aussage ermächtigen kann<sup>19</sup>.

Diese Bestimmung ist auf private Beiständinnen und Beistände nicht anwendbar. Sie können aber gestützt auf Art. 173 Abs. 2 StPO von der Zeugnispflicht durch die Verfahrensleitung befreit werden, wenn sie glaubhaft machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Kommt die Verfahrensleitung zu einer anderen Bewertung, so müssen sie uneingeschränkt der Zeugnispflicht nachkommen.

<sup>17</sup> BBl 2006 7090.

<sup>18</sup> Donatsch, StPO Art. 170 N 10.

<sup>19</sup> BGE 86 IV 136, 142 E. 3; Donatsch, StPO Art. 170 N 14.



#### 2.4. *Amtsgeheimnis und Amtshilfe*

Die Rechts- respektive Amtshilfe wird in unterschiedlichen gesetzlichen Grundlagen geregelt. So finden sich Normen z.B. im Sozialversicherungsbereich (Art. 32 ATSG: Amtshilfepflicht), Strafprozessrecht (Art. 194 und 195 StPO: Aktenevidenz und amtliche Berichte) oder im Zivilprozessrecht (Art. 190 ZPO: schriftliche Auskunft)<sup>20</sup>. Grundsätzlich ist die Amtshilfe/Rechtshilfe zulässig, ohne dass dabei eine Entbindung vom Amtsgeheimnis notwendig wäre<sup>21</sup>.

Somit sind auch bei der Rechts- und der Amtshilfe die beiden Ermächtigungsnormen aus dem ZGB, Art. 413 Abs. 2 ZGB für die Beiständin/den Beistand und Art. 451 Abs. 1 ZGB für die KESB massgebend. Die Person, welche den Bericht erstellt oder Akten herausgibt, hat nach pflichtgemäßem Ermessen aus ihrer Rolle die Beurteilung zu machen, ob die Interessenwahrung der betreuten Person eine Berichterstattung oder Herausgabe der Akten rechtfertigt. Da in diesem Fall die Mitwirkung und die Datenbekanntgabe einen Rechtfertigungsgrund nach Art. 14 StGB in Bezug auf die Verletzung des Amtsgeheimnisses darstellt, ist eine formelle Entbindung vom Amtsgeheimnis nicht notwendig.

Der Beistand/die Beiständin kann sich gestützt auf Art. 400 Abs. 3 ZGB Instruktion und Beratung einholen, wenn er/sie unsicher ist. Aber auch in diesem Fall liegt der Entscheid zur konkreten Amtshilfe ausschliesslich bei der mandatsführenden Person.

#### 2.5. *Vorgesetzte Behörde*

Wer die vorgesetzte Behörde ist, richtet sich grundsätzlich nach Verwaltungsrecht<sup>22</sup>. Die Mitglieder der KESB sowie die Berufsbeiständigen und Berufsbeistände der Stadt Luzern sind Angestellte der Stadt Luzern. Gemäss Art. 41 Abs. 4 Personalreglement (PR) der Stadt Luzern hat die Entbindung von der Geheimhaltungspflicht durch die zuständige Behörde zu erfolgen. Gemäss Art. 3 PR ist die zuständige Behörde grundsätzlich die Leitung der Dienstabteilung.

Es stellt sich vorab die Frage, ob es sich dabei um die administrativ zuständige Behörde oder die materiell-rechtlich zuständige Behörde handelt. Die sich aus der Regelung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts ergebende Zwitterstellung (administrative Aufsicht – materieller Rechtsweg) führt in Kantonen, in welchen die organisatorische Ebene von der fachlichen Aufsichtsebene getrennt ist, so im Kanton Luzern, zu zusätzlichen Fragestellungen.

Bei der Beurteilung, ob die entsprechenden Personen vom Amtsgeheimnis zu entbinden sind, müssen einerseits die Interessen des Staates an der Wahrung des Amtsgeheimnisses (Wahrung der staatlichen Funktion, Vertrauensstellung etc.) und andererseits aus der konkreten Aufgabe auch die privaten Interessen der

<sup>20</sup> Siehe auch im Migrationsbereich: Art. 97 Abs. 3 AuG sowie Art. 82 Abs. 2 VZAE; Claudia Mund, in: Caroni/Gächter/Thurnherr (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Art. 97 N 15.

<sup>21</sup> Für das Strafverfahren: BGE 121 IV 315; Donatsch, StPO Art. 194 N 18; differenzierter für den Zivilprozess: BK ZPO-Rüetschi, Art. 190 N 18.

<sup>22</sup> Trechsel/Vest, StGB PK, Art. 320 N 12.



betreuten Person (Persönlichkeitsrechte, subjektive Interessen der Person etc.) abgewogen werden. Somit muss die vorgesetzte Behörde auch Zugang zu den konkret vorhandenen Daten der Person haben, um diese Interessenabwägung vornehmen zu können.

#### 2.5.1. Vorgesetzte Behörde bei den Berufsbeiständigen und Berufsbeiständen

Für die Berufsbeiständigen und Berufsbeistände kann diese Interessenabwägung unzweifelhaft ausschliesslich durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) der Stadt Luzern, welche gemäss ZGB die materiell vorgesetzte Behörde ist, wahrgenommen werden. Die Leitung der Dienstabteilung als administrativ-personalrechtlich vorgesetzte Behörde hat keinen Zugang zu den inhaltlichen Daten der betroffenen Person und ist somit nicht in der Lage, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen.

#### 2.5.2. Vorgesetzte Behörde bei der KESB

Bezüglich der Entbindung der KESB-Mitglieder entfällt nach dem oben gesagten eine Entbindung durch den Stadtrat als administrativ-personalrechtlich vorgesetzte Behörde, da dem Stadtrat kein Zugang zu den entsprechenden Daten zusteht. Es stellt sich die Frage, ob die Entbindung von der gemäss Art. 441 ZGB bezeichneten kantonalen Aufsichtsbehörde oder der gerichtlichen Beschwerdeinstanz nach Art. 450 Abs. 1 ZGB zu erfolgen hat.

Gemäss Botschaft zum neuen Erwachsenenschutzrecht hat die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 441 ZGB im Rahmen der allgemeinen Aufsicht die Aufgabe, für eine korrekte, einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen. Die Aufgabe fokussiert sich nicht auf den Einzelfall und dessen materielle Beurteilungen<sup>23</sup>, sondern auf die allgemeine Aufsichtstätigkeit. Die gerichtliche Zuständigkeit in Bezug auf die materielle Beurteilung von Beschwerden ist uneingeschränkt zu respektieren<sup>24</sup>. Ein Entscheid der KESB im Einzelfall kann nicht von der Aufsichtsbehörde korrigiert werden. Im Weiteren sind die Kantone frei, die Aufgaben und Kompetenzen der Aufsichtsbehörde festzulegen, soweit der Bund nicht gestützt auf Art. 441 Abs. 2 ZGB Bestimmungen über die Aufsicht erlässt, was er bis dato nicht gemacht hat<sup>25</sup>. Der Kanton Luzern hat in Art. 3 der Verordnung über den Kindes- und Erwachsenenschutz (VKES) die Aufgaben und Massnahmen der Aufsichtsbehörde normiert<sup>26</sup>. Die Frage einer allfälligen Entbindung vom Amtsgeheimnis ist nicht explizit geregelt<sup>27</sup>.

Bei der Beurteilung einer allfälligen Entbindung eines Mitgliedes der KESB vom Amtsgeheimnis handelt es sich nicht um eine materielle Entscheidung in

<sup>23</sup> Siehe dazu BBl 2006 7074; BSK ESR-Vogel, Art. 440/441 N 19; KUKO ZGB-Wider, Art. 441 N 5; Meier/Lukic, Rz. 91.

<sup>24</sup> Fassbind, S. 96.

<sup>25</sup> BSK ESR-Vogel, Art. 440/441 N 25/26.

<sup>26</sup> SRL Nr. 206.

<sup>27</sup> Siehe dazu aber z.B. Kanton TG: Aufsichtsbehörde gemäss Art. 441 ZGB ist das vom Regierungsrat bezeichnete Departement (§ 11 Abs. 1 Ziff. 3 EG ZGB TG); zuständig zur Entbindung vom Amtsgeheimnis der KES-Behörde ist das Obergericht (§ 22 Abs. 1 KESV TG).

einem Kindes- oder Erwachsenenschutzrechtlichen Verfahren im Einzelfall. Inhalt der Beurteilung ist die Beurteilung und Abwägung von Interessen am Schutz der Privatsphäre der betreuten Person einerseits und den berechtigten Interessen eines anderen staatlichen Organs an der Mitwirkung des Behördenmitgliedes im entsprechenden Verfahren. Dies kann durch die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 441 ZGB respektive § 55 EG ZGB LU<sup>28</sup> vorgenommen werden. Sie kann die zur Beurteilung relevanten Akten Kraft Aufsichtsrecht bei der KESB einfordern und die Güterabwägung unter Berücksichtigung der verschiedenen Gesichtspunkte vornehmen. Dabei findet kein Eingriff in die materielle Beurteilungskompetenz der gerichtlichen Beschwerdeinstanz des Kindes- und Erwachsenenschutzes statt.

### **3. Zusammenfassung**

Das zivilrechtliche Erwachsenenschutzgeheimnis und das strafrechtlich geschützte Amtsgeheimnis bestehen bei den Berufsbeiständigen/Berufsbeiständen und den Mitgliedern der KESB parallel zueinander. Die Berufsbeiständigen/Berufsbeistände respektive die KESB-Mitglieder entscheiden selbständig mittels der Interessenabwägung gestützt auf Art. 413 Abs. 2 ZGB sowie Art. 451 Abs. 1 ZGB über eine Mitwirkung am Verfahren. Ausgenommen davon sind die Spezialfälle von Art. 166 Abs. 1 lit. c ZPO und Art. 170 Abs. 2 StPO.

Es empfiehlt sich, dass im Einzelfall im Rahmen von Mitwirkungsrechten und -pflichten in straf- und zivilrechtlichen Verfahren die Beistände und Beiständigen sich gestützt auf Art. 400 Abs. 3 ZGB durch die KESB instruieren lassen. Damit kann eine unabhängige sachgerechte Beurteilung der konkreten Interessenabwägungen in der Praxis gewährleistet werden.

<sup>28</sup> Siehe auch § 50a Kantonale Personalverordnung Luzern (SRL 52).

## Literaturangaben

- BRUNNER/GASSER/SCHWANDER (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Dike Zürich 2011.
- BÜCHLER/JAKOB (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, Basel 2012.
- DONATSCH/LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010.
- ELSENER ALDO, Das Vormundschaftsgeheimnis, Zürich 1993.
- FASSBIND PATRICK, Erwachsenenschutz, Zürich 2012.
- GEISER/REUSSER (Hrsg.), Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Basel 2012.
- HAUSHEER/WALTER (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, Band II, Bern 2012.
- MEIER PHILIPPE/LUKIC SUZANA, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Genève/Zürich 2011.
- SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (Hrsg.), Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, Bern 2010.
- TRECHSEL STEFAN, Praxiskommentar zum Strafgesetzbuch, DIKE 2008.
- WERMELINGER AMÉDÉO, Informationelle Amtshilfe: Verunmöglicht Datenschutz eine effiziente Leistungserbringung durch den Staat?, in: ZBl 2004, S. 173 ff.